

J. pract.

323

t

ZUR LEHRE

VON

GERICHTLICHEN AUGENSCH EIN

IM CIVILPROZESS

VON

ADALBERT FREIHERRN v. WEVELD.

MÜNCHEN
THEODOR ACKERMANN
1877.

T. pract.
323 t

Wewald

C
ZUR LEHRE

VOM

GERICHTLICHEN AUGENSCHEN

IM CIVILPROZESS

VON

ADALBERT FREIHERRN v. WEVELD.

MÜNCHEN
THEODOR ACKERMANN
1877.

A



Vorwort.

In der vorliegenden Arbeit versucht der Verfasser nach den wichtigeren Rechtsquellen und der einschlägigen Rechtsliteratur den „Gerichtlichen Augenschein im Civilprozess“ historisch-dogmatisch darzustellen, ohne bei dieser „Studie“ eine vollständige Behandlung des gewählten Rechtsstoffes beabsichtigt zu haben.

Der historische Theil dieser Abhandlung umfasst das römische, kanonische, ältere und neuere gemeine wie partikuläre deutsche Recht, — der dogmatische enthält den Versuch eines theoretischen Aufbaues der Lehre von dem „Gerichtlichen Augenschein“ nach den aus der neueren gemeinrechtlichen Doktrin und den neueren Gesetzgebungen gewonnenen Resultaten.

Ausser dem Bereiche dieser Studie liegen die summarischen Prozessarten, wie andererseits bei der rechtsgeschichtlichen Darstellung das Lehenrecht, die fränkischen Capitularien, die Stadtrechtsbücher und ähnliche den hier behandelten Gruppen sich mehr oder minder anschliessende oder auch abweichende gemeine wie partikuläre Rechtsquellen nicht näher berücksichtigt wurden.

Unter Anderem soll hier besonders auch der bekannten Streitfrage: „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der Gerichtlichen Augenscheinseinnahme im Prozesse“ näher getreten werden.

Bei der Beurtheilung dieser Arbeit möge der Zweck derselben die Nichtbefolgung des hier sicher zutreffenden Horaz'schen Spruches:

„Nonum prematur in annum“
entschuldigen.

München, im Februar 1877.

Der Verfasser.

Einleitung.

Der „Gerichtliche (richterliche) Augenschein“ ¹⁾, welcher den Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen bildet, und dessen Rechtsbegriff daher hier nur allgemein gefasst wird, — (der §. 10 dieser Studie soll sich hiemit näher befassen), — ist im civilprozessualen Beweisverfahren jene unmittelbare, eigene, richterliche, von dem Gegenstande des Rechtsstreites gemachte Sinneswahrnehmung, durch welche der Richter sich die zu einer erschöpfenden Beweiswürdigung nöthige Ueberzeugung zu verschaffen sucht.

Der hier besprochene G. A. im eigentlichen juristisch-technischen Sinne bezieht sich sonach nicht auf die richterliche Einsicht der von den Parteien vorgelegten Urkunden, soweit der Inhalt derselben das Beweisthema, sohin ihre Besichtigung nur das Mittel zum Zwecke bildet, wohl aber begreift er diese in sich, insoferne durch die Augenscheins-einnahme als Selbstzweck die äussere Beschaffenheit der Urkunden erwiesen werden soll; andererseits fallen aber alle unmittelbaren, eigenen, richterlichen Sinneswahrnehmungen hieher, welche die umgebende Aussenwelt zum Gegenstande haben, also nicht blos des an und für sich vorherrschenden Gesichtssinnes, sondern auch des Gehörsinnes (z. B. übermässiges, die Ruhe der Umwohner störendes Geräusch), des Geruchssinnes (z. B. gesundheitsschädliche Ausdünstungen an bewohnten Orten) u. s. w.

¹⁾. Im Laufe dieser Arbeit sind für die öfters wiederkehrenden Worte: „Gerichtlicher Augenschein“ der Abkürzung wegen deren Anfangsbuchstaben: „G. A.“ gesetzt.

Ferner ist hier auszuschneiden der zwar vor, aber nicht unmittelbar durch das Gericht, sondern durch andere Personen, z. B. im gegebenen Falle durch Sachverständige, welche vermöge ihrer technischen Kenntnisse allein hiezu geeignet erscheinen ¹⁾, oder durch Zeugen, welche eines Anhaltspunktes für ihre Aussagen bedürfen, eingenommene Augenschein.

Der so als terminus technicus begrenzte G. A. tritt uns nach zwei Seiten hin entgegen, als Beweis- und richterliches Informationsmittel, sei es von den Parteien vorgeschlagen, sei es von Amtswegen angeordnet ²⁾, um den dunklen „status causae et controversiae“ aufzuhellen, und als Beweisgrund, um eine durch dieses Beweismittel gewonnene, die richterliche Ueberzeugung bildende Erkenntnisquelle zu werden.

Die in der Regel durchschlagende Beweiskraft des G. A. lässt denselben als das vorzüglichste Beweismittel, als den sichersten Beweisgrund unter den übrigen Beweisarten im Prozesse erscheinen.

Immerhin wird jedoch für die Beantwortung der Frage „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der Gerichtlichen Augenscheinseinnahme im Prozesse“, insbesondere nach den Voraussetzungen der Zulässigkeit des G. A. ex officio ein in den einzelnen Rechtsquellen mehr oder minder bestimmt hervortretendes öffentlich-mündliches Parteiverfahren, ferner das Verhandlungsprincip von grossem Einflusse sein, wofür Belege zu liefern Aufgabe der folgenden Untersuchungen sein soll.

¹⁾ Bei einer den wirklich wahrnehmenden Richter nur unterstützenden Thätigkeit der Sachverständigen kann immer noch von einem G. A. gesprochen werden.

²⁾ Ueber den G. A. als Beweis- und richterliches Informationsmittel s. unten §. 10 ff.

I. Historische Darstellung.

I. Römisches Recht.

§. 1. A. Die Zeit der Legisactiones.

Die Rechtsquellen und die Rechtsliteratur dieser Periode des römischen Civilprozesses in den ersten fünf Jahrhunderten der Stadt, wie sie uns vorzugsweise in den *Leges regiae* (*Jus Papirianum*), der *Lex duodecim tabularum*, den Institutionen von Gajus (bes. Buch IV) u. A. entgegentreten, bieten im Allgemeinen für das Beweisverfahren wenig sichere Anhaltspunkte. Es wird daher, um eine positive Grundlage für die Beurtheilung der rechtlichen Natur und der prozessualen Stellung des G. A. zur Zeit der *Legisactiones* gewinnen zu können, nöthig sein, hier kurz die damals massgebenden Prozessgrundsätze zu berühren.

In dem schon zu jener Zeit in *Jus* und *Judicium* getheilten Verfahren bei einem „streng formellen Kampfe um Privatrechte unter obrigkeitlicher Autorität“¹⁾ wurde die Beweisführung Seitens der Parteien auf die materielle Ueberzeugung des Iudex gerichtet; es galt neben der freien richterlichen Beweiswürdigung (*judici fit probatio*) das in der folgenden Periode bestimmter hervortretende Verhandlungsprinzip („*Iudicio contrahitur*“²⁾).

Wenn nun auch unter den materiellen Beweisarten nur

¹⁾ Heffter, System des römischen und deutschen Civilprozessrechtes, 2. Aufl. Bonn, 1843, S. 7.

²⁾ So Heffter l. c. nach l. 3 §. 11 D. de peculio, 15, 1.

des Zeugen- und Urkundenbeweises in den Quellen vorzugsweise gedacht ist, so dürfte damit noch keineswegs die Annahme der Zulässigkeit eines G. A. unbegründet erscheinen.¹⁾

Abgesehen davon, dass der Ausdruck „instrumenta“ nach Auffassung der einschlägigen Quellen und Juristen öfters allgemeiner für „Beweismittel überhaupt oder doch für die als solche dienenden verkörperten Spuren menschlicher Thätigkeit“ gebraucht wird¹⁾, sohin eine analoge Ausdehnung der für den Urkundenbeweis im engeren, technischen Sinne geltenden Regeln auf den G. A. nicht zu gewagt erscheinen dürfte, — so spricht das soeben charakterisirte Beweisverfahren für die Nothwendigkeit des G. A. in einem gegebenen Falle, wie wenn der Iudex weder durch die Stoffvorlage der Parteien noch durch andere Beweisarten als gerade den G. A. in der Lage war, nach damaligem Rechte in der vorliegenden Streitsache die materielle Wahrheit zu ermitteln.

Es wird daher die Vermuthung, dass im Legisactionenprocess sowohl die Parteien, wie der Iudex ex officio den G. A. als Beweis- wie Informationsmittel zur Erwirkung bzw. Schöpfung eines dem materiellen, in der Wirklichkeit vorhandenen Rechte vorzüglich entsprechenden Urtheils benützt haben, keine unhaltbare sein.

Nicht unerwähnt möchte ich zur Bestärkung dieser Anschauung eine Eigenthümlichkeit der in der damals ordentlichen, allgemeinen Prozessform, der legisactio sacramento, sich bewegenden in rem actiones, des sogen. Vindicationsprocesses lassen.

Hier erforderte sowohl die rechtliche Natur der Klage wie die Prozessform eines Scheinkampfes die Gegenwart des Kampfpreises oder doch eines Symbols desselben; die

¹⁾ Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7. Aufl. Bd. II S. 8 Note b; Bethmann-Hollweg, *der Civilprozess des gemeinen Rechtes*, Bonn, 1864, ff. Bd. I. S. 33, 103, 179, 182, Note 10, S. 186, Note 13; Planck, *die Lehre von dem Beweisurtheile*, Göttingen, 1848, S. 111 ff.

gegenwärtige Streitsache diene aber auch bei Widerstreit der Parteien über die Existenz und Identität derselben zur aufklärenden Information für die Parteien wie für den Richter, wesshalb im Falle der Streitgegenstand nicht vor Gericht gebracht werden konnte, die Parteien anfangs mit, später ohne den Richter zum Orte der gelegenen Sache sich begaben.¹⁾

Sonach wurde hier der Augenschein allerdings vor Beginn des eigentlichen Prozesses als Informationsbehelf gebraucht, wie auch bei der im Vindicationsprozesse vor Instruierung desselben zur Entscheidung kommenden Frage, wer von den Parteien während der Dauer des Prozesses den Besitz der strittigen Sache habe (*vindicias dicere*), der Augenschein als Bescheinigungsmittel diene.¹⁾

Wahr ist, dass wir es hier nur mit Akten vorbereitender und vorsorglicher Natur in Ansehung des folgenden eigentlichen Verfahrens zu thun haben; und es könnte daher der Einwand erhoben werden, dass eben, weil bei dieser Art summarischer Prozedur in den Quellen von dem Augenschein als einem Informations- und Bescheinigungsbehelf die Rede ist, bei dem eigentlichen Beweisverfahren aber nicht, der G. A. als Beweismittel in dieser Periode nicht gebraucht wurde.

Allein Dem gegenüber ist zu betonen, dass einerseits hier ein Analogon der summarischen Prozessarten nicht gegeben ist; die Besitzesregulirung und Feststellung des Streitgegenstandes waren für die Beweispflicht und das Endurtheil in gewissem Masse präjudizirlicher Natur¹⁾; und andererseits musste das bereits oben erwähnte, damals geltende Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit auf Grund freier, richterlicher Beweiswürdigung folgerichtig die Einnahme eines G. A., sei es auf Antrag der Parteien, sei es von Amtswegen gestatten, ja erfordern.

Zur weiteren Beleuchtung des G. A. in dieser Periode möchte ich schon hier die *actio finium regundorum* anführen, eine *actio*, welche allerdings in ihrer weiteren Umbildung

¹⁾ Bethmann-Hollweg, I. S. 126 ff. S. 142 ff.

durch die *lex Mamilia* (aus der Zeit des Kaisers Caligula a. 37—41 n. Chr.) und die Justinianeische Gesetzgebung bei der Besprechung des G. A. im Formular- bzw. Justinianeischen Libellprozess mehr Vergleichungspunkte als hier bieten wird.

Die *actio finium regundorum*, den zwölf Tafeln entstammend, liess die *finitores* (*mensores*, später *agrimensores* genannt) sowohl als wahrnehmende Sachverständige als auch als *arbitri* in der Streitsache selbst bei Grenzscheidungsprozessen auftreten; in diesem letzteren Falle könnte man geneigt sein, die Vornahme eines wirklichen G. A. anzunehmen.

Allein auch als *arbitri* werden die *mensores* kaum über Rechtsnormen entschieden, als vielmehr in ihrer Eigenschaft von Sachverständigen ein Gutachten abgegeben haben, so dass deren Augenscheinseinnahme nicht als eine gerichtliche, sondern als eine solche von Sachverständigen aufzufassen ist.¹⁾

Wenn sonach auch bei der *actio finium regundorum* zur Zeit der *Legisactiones* von einem G. A. nicht gesprochen werden kann, so dürfte doch die hier versuchte Vergleichung als ein Beleg dafür gelten, dass bereits zur Zeit der zwölf Tafeln der Augenschein überhaupt im civilprozessualen Beweisverfahren bedeutend für die richterliche Würdigung in die Wagschale gefallen ist.

Beim Mangel genauerer quellenmässiger Anhaltspunkte möchte ich sohin für den G. A. zur Zeit der *Legisactiones* aus dem hier Gegebenen den allgemeinen Rückschluss ziehen, dass in dieser Periode der G. A. wie von den Parteien als Beweismittel, so von dem Iudex zur eigenen Information, solange das Beweisverfahren in *judicio* dauerte, angewandt wurde.²⁾

¹⁾ Puchta, *Institutionen*, II. S. 511 ff. bes. Note a, S. 513 Note i; vgl. auch die Schriften der *agrimensores* bei Bruns, *fontes juris Romani antiqui*, Tübing. 1860, nach den Citaten bei Puchta l. c. u. Bethmann-Hollweg. I. S. 67 Note 28.

²⁾ Keller, *der römische Civilprozess*, 2. A. Leipzig, 1855, §. 12 ff.; Heffter, *System*, S. 284 Anm. 108.

§. 2. B. Die Zeit der Formulae¹⁾.

Mit der Periode der Formulae treten wir ein in die Zeit der klassischen Jurisprudenz (von der lex Aebutia aus der 1. Hälfte des 6. Jahrhunderts d. St. bis zu Kaiser Diocletian, a. 294 n. Chr.), in welcher die Quellen reichlicher fließen.²⁾

Ueerblicken wir die von den meisten Schriftstellern³⁾ für diese Periode angezogenen Stellen des Corpus juris civilis, so erscheint besonders: l. 8 §. 1, D. 10, 1, fin. regund. von Bedeutung.

In l. 8 §. 1, D. 10, 1, fin. regund. sagt u. A. Ulpian:

„ . . . ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis (i. e. de finibus cognoscentis) subjectis locis,“

d. h. im Zusammenhalte mit dem Vorhergehenden: bei Grenzstreitigkeiten ist die aussergerichtliche Augenscheins-einnahme durch die Agrimensoren als Sachverständige die Regel, in ausserordentlichen Fällen aber muss der Richter

¹⁾ Einer in diese Periode fallenden Institutionenstelle: §. 9 J. 3, 6, de grad. cognat.: „ . . . oculorum inspectione“ soll die unter den romanischen, älteren und neueren deutschen Juristen übliche römische Bezeichnung für den G. A.: „inspectio ocularis“ (auch evidentia facti, aspectus) entnommen sein (vgl. Renaud, Lehrbuch d. gem. deutschen Civilproz. r. Heidelb. 1867 §. 109 Note ¹⁾), welche Wortbildung Hertius in seiner Dissertation über den G. A. (s. dessen Comment. & opuscula Vol. I. tom. III. Frankf. 1700, p. 220 sequ.) s. Nr. II also beleuchtet: „ . . . etsi minus latine, rectius ejus loco dicitur:

„rem oculis usurpare, rem ante oculos statuere, rem oculis subicere, proprios oculos adhibere, suis rem oculis in-tueri, in rem praesentem venire.“

²⁾ Z. B.: l. 2 D. 2, 12; l. 32 D. 4, 4; l. 8 §. 1 D. 10, 1; l. 1 §. 6 sequ. D. 25, 4; l. 4 D. 39, 2; vgl. ferner: l. 2 D. 2, 13; D. 11, 6; D. 22, 3.

³⁾ Vgl. u. A. Renaud l. c., Wetzell, System d. ord. Civ.-Proz. Leipzig, 1865, 2. Aufl. §. 44 Note 2.

selbst die Besichtigung vornehmen. Hiebei ist besonders der Wortlaut der Stelle: „ad officium de finibus cognoscentis“ zu betonen.

Berücksichtigt man nun, dass in dieser Periode die freie richterliche Beweiswürdigung, die Erforschung der materiellen Wahrheit (noch unbekannt mit der sog. *Eventualmaxime*) die leitenden Prozessgrundsätze waren, ferner dass gerade bei dem Grenzscheidungsprozesse in der Regel der eigentliche Richter den Agrimensoren die Erhebung des Beweismaterials überlassen musste, — so wird für den G. A. aus diesem Ausspruche der Quellen sich folgern lassen:

- 1) dass ein Augenschein von dem Richter selbst eingenommen wurde;
- 2) dass der Richter hiebei an einen Parteiantrag nicht gebunden war, sondern eine Augenscheinseinnahme *ex officio* innerhalb seiner Amtsbefugniss lag, und
- 3) dass die Augenscheinseinnahme *ex officio* in jedem Prozessstadium stattfinden konnte.

Blickt man hiebei auf die Glosse und die älteren und neueren Juristen, so wird man in der vorgenannten Anschauung über die Bedeutung der l. 8 §. 1, D. 10, 1, nur bestärkt.

Zum Principium dieser lex äussert sich der Commentator Baldus (in der glossirten Ausgabe des Digestum vetus, Venet. 1581) also:

„Nota hic, quod quando expedit, iudex debet personaliter accedere ad locum & creditur hic iudici in eo, quod videt,“

zu dem Worte: „subjectis“ l. c. Accursius ebenda:

„Et ita secundum conscientiam propriam faciet,“
und bei „locis“ l. c. wirft derselbe die sogleich von ihm auch beantwortete Frage auf: „sed cujus expensis?“

„Certe expensis illorum, inter quos lis est contestata.“

Aus diesen Glossenstellen erhellt die damalige Auffassung der rechtlichen Natur des G. A. *ex officio* als: Verdeutlichung der Beweisführung der Parteien in deren Interesse (und in Folge dessen auf deren Kosten), um eine vollständige materielle Ueberzeugung von den strittigen

Thatsachen zu gewinnen. — Brunnemann¹⁾ stellt zu dieser Stelle den Satz auf:

„Cum sententia, quae per facti evidentiam elidi potest, nunquam in rem judicatam transire intelligatur.“

Endemann²⁾ und Bethmann-Hollweg²⁾ berufen sich auf diese lex, um ihre Ausführungen über die Zulässigkeit des G. A. ex officio schon nach römischem Rechte begründet erscheinen zu lassen, nicht minder Wetzell²⁾ und Renaud²⁾, welch' Letzterer mit Recht die sicher zu weit gehende Ansicht Wetzell's, dass der G. A. überhaupt nicht ein Beweismittel sei und immer ex officio eingenommen werden könne, bekämpft.³⁾

Vergleichen wir ferner noch:

l. 2 D. 2, 12 de feriis etc. („aut ut ad spectu atrox injuria aestimetur“), worin als amtliche Aufgabe des Prätors sogar während der Gerichtsferien die G. A. Einnahme bezeichnet wird, und l. 32 D. 4, 4, de minor. XXV annis („minor viginti quinque annis adito Præside ex ad spectu corporis falso probavit perfectam aetatem“) mit den einschlägigen Erläuterungen des Tancred in seinem Ordo judicarius⁴⁾ und anderer älterer und neuerer Schriftsteller⁵⁾, so tritt uns auch hier wieder der bereits im da-

¹⁾ Brunnemann, proc. civil. cap. 22 Nr. 2, citirt bei Wernher (1675—1742) Select. observat. forens. tom. I pars 3 observ. 28; vgl. Lauterbach, colleg. theor.-pract. pars I ad D. h. t. Tübing. 1743.

²⁾ Endemann, die Beweislehre des Civ.-Prozesses, 1860, §. 22; Bethmann-Hollweg, II. S. 601, 779; Renaud, §. 109 Note 4; Wetzell, S. 470.

³⁾ Das Nähere s. hier: §. 8 u. 10.

⁴⁾ Tancredus, ordo judicarius, ed. Bergmann, Götting. 1842 zu l. 2, D. 2, 12 p. 220 Not. 57 u. zu l. 32 D. 4, 4 p. 221 Not. 57.

⁵⁾ Lauterbach, Wernher, Hertius l. c.; Endemann Bew. l. l. c.; derselbe, d. deutsche Civ.-Proz. r., 1868, §. 185; Keller, der röm. Civ.-Proz. S. 269 Note 762; Puchta, Institut. II. §§. 154, N. x. 157, N. g. 174, N. d. u. e.; Bayer, Vorträge über den deutschen gem. ord. Civ.-Proz. 10. A. S. 791, 820, 971, 992.

maligen römischen Rechte anerkannte Vorzug des G. A. als eines unmittelbaren Beweismittels und richterlichen Informationsbehelfes entgegen.^{1) 2)}

Nicht unerwähnt möchte ich hier die römisch-rechtlichen Grundsätze über die Exhibitionspflicht und die Analogie der Schriftenvergleichung lassen, da diese Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage: „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der gerichtlichen Augenscheins-einnahme“ im Formularprozesse liefern und insbesondere die Grenzlinien der diessbezüglichen Offizialthätigkeit des Iudex erkennen lassen.

Die Exhibitionspflicht zur Zeit der Formulae, wie sie in der Verbindlichkeit zur Urkundenedition in der Wirklichkeit am öftesten wiederkehrt, beruhte, abgesehen von dem Falle der lex 8 Cod. 2, 1, einer Ausnahme des hier massgebenden Rechtssatzes: „Nemo contra se edere tenetur,“ auf speziellen Privatrechtstiteln.³⁾ War daher der Prozessgegner speziell zur Exhibition nicht verpflichtet, auch nicht gewillt, und ein Fall der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nicht gegeben, so konnte, wenn der zu exhibirende Gegenstand das Augenscheinsobjekt bilden sollte, der Augenschein weder von der beweispflichtigen Partei, noch von dem Richter ex officio benützt werden.

¹⁾ Je nachdem in den Quellen von der ordinaria oder extraordinaria cognitio die Rede ist, wird der Iudex oder der Prätor als die den G. A. einnehmende Amtsperson genannt; s. Bethman-Hollweg, Civ.-Proz. II. S. 601 N. 87.

²⁾ Die ausserdem noch von Anderen hieher citirten: l. 1 §. 6 sqq. D. 25, 4 u. l. 4 D. 39, 2 wurden nicht näher erwogen, da l. 1 §. 6 sqq. D. 25, 4 die Augenscheinseinnahme durch Sachverständige und l. 4 D. 39, 2 die „inquisitio localis“ durch delegirte Amtspersonen, nicht durch den erkennenden Richter, erwähnen.

³⁾ Gimmerthal im Archiv f. civil. Praxis Bd. 54 S. 81 ff. führt an: l. 9 D. 2, 13; l. 5 D. 10, 2; l. 3 §. 14 D. 10, 4; l. 48 D. 19, 1; l. 3 D. 29, 3; l. 3 §. 5 D. 43, 5 u. l. 7 C. 2, 1; vgl. Bayer, S. 955, Demelius, die Exhibitionspfl., Graz, 1872, S. 262 ff.; auch Lauterbach, l. c. ad l. 3 §. 14, D. 10, 4.

Die Gestattung eines richterlichen Zwangsrechtes würde gegen die damaligen Prozessgrundsätze verstossen haben. — Stand andererseits das Parteibeweismittel der Schriftenvergleichung (Sachverständigen-A.) in concreto im gleichen bedingten Verhältnisse zu der Exhibitionspflicht wie der G. A. auf Parteiantrag, so konnte der Richter, ohne sein Officium zu überschreiten, auch von Amtswegen einen G. A. in den dort unzulässigen Fällen nicht anordnen.¹⁾

Anlangend die Stellung des G. A. zur Augenscheinseinnahme durch Sachverständige, so tritt uns aus den obengenannten Quellenstellen, wie einerseits die enge Verbindung, so andererseits der begrifflich nicht scharf genug hervorgehobene Gegensatz dieser beiden Beweisarten entgegen.

Ein Gesamtüberblick über die hier versuchte Darstellung des G. A. zur Zeit der *Formulae*, welche nach dem vorliegenden Quellenmaterial die *actio finium regundorum* vorzugsweise in das Auge fassen musste, wird zu folgenden Resultaten führen:

- 1) Der Richter (*Iudex*) konnte in jeder Lage des Prozesses (in *Iudicio*) von Amtswegen einen G. A. einnehmen;
- 2) der G. A. *ex officio* war durch die von den Parteien freiwillig oder auf Grund einer bestehenden Exhibitionspflicht erfolgte Vorlage des Augenscheinsobjektes bedingt.²⁾

§. 3. C. Die Kaiserzeit der *Cognitiones*.

Für die Zeit der *Cognitiones* (von Kaiser Diocletian a. 294 n. Chr. an), als die Trennung des Verfahrens in *Jus* und *Iudicium* aufgehoben und die frühere *extraordinaria Prae-*

¹⁾ Bayer, S. 860; Hertius l. c. Nr. 41 ad l. 3 §. 1 D. 22, 5; anderer Meinung: Emminghaus im Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 3 S. 36 ff.

²⁾ Vergl. auch Glück, Ausführl. Erläuter. d. Pandekten, Erlangen, 1808, ff. Bd. 10 S. 459 ff. Bd. 21 S. 303; Archiv f. civil. Praxis B. 41 S. 92. Bethmann-Hollweg. II. S. 607 ff.; Planck, Bew. U. l. c.

toris Cognitio zur ordinaria geworden war, ergeben sich bei fortdauernd gleichen Prozessgrundsätzen, wie zur Zeit der Formulae, wenige, ja wohl keine neuen Gesichtspunkte; für den G. A. ist auch hier aus dem oben für den Formularprozess angedeuteten Grunde die actio finium regundorum der Ausgangspunkt der folgenden Betrachtungen.

Zu L. 3 Cod. Just. 3, 39 fin. regund. : „Si quis etc.“ gibt die Glosse (nach der oben genannten Ausgabe) eine deutliche Schilderung der einzelnen Abschnitte des Verfahrens, wie folgt:

„Primo inquiritur, quantum tenet. Secundo, quot iugera ibi habere debeat. Tertio mittitur executor, qui renuntiat iudici, quantum habeat minus actor, quam habere debet. Quarto iudex definit, praecipiendo poni terminos in confinibus veris, vel per adjudicationem.“

Diese Stelle behandelt zwar nur die Augenscheinseinnahme durch Sachverständige, gibt aber im Zusammenhalte mit der l. 8 §. 1 D. 10, 1 einige Vergleichungspunkte für den G. A.

Darnach musste in dieser Periode, wie im Formularprozesse, der Richter ex officio vorgehen, und ähnlich dem Agriensor im Grenzscheidungsprozesse, wenn thatsächlich möglich, ohne Rücksicht auf die Gegenwart beider Parteien, einen Augenschein einnehmen können.¹⁾

Die von Rudorff²⁾ für den G. A. allegirte: Novella 7, c. 3 §. 2, u. A. lautend:

„Καὶ ἵνα μὴ τις περιγραφὴ μὴδὲ ἐπὶ τούτῳ γένηται.....“

(nach der Hombergkschen Uebersetzung: „Et ne fraus quaedam ne in hac quidem re committatur“, nach der oben citirten glossirten Ausgabe: Authenticorum collatio secunda tit. I c. 3 (§. 2): „Ut neque ulla circumscriptio in rem ecclesiasticam in talibus fiat“),

kann hier nicht in Betracht kommen, da diese Stelle eine

¹⁾ Vgl. Tancred l. c. ad l. 3 Cod. 3, 39 (ed. Bergmann p. 232 Not. 18, p. 272 Not. 49); vgl. im Allg.: Cod. Just. 3, 42 u. 4, 19.

²⁾ Rudorff, Grundriss zu den Vorl. über d. gem. u. preuss. C.-Pr. Berlin, 1837, S. 139 ff. —

Augenscheinseinnahme durch Sachverständige bei der Veräusserung von Kirchengütern ausserhalb eines Rechtsstreites im Auge hat. —

Unter Maximen, welche mit denen des Formularprozesses übereinstimmen, sind auch hier die für jene Prozessperiode gemachten Bemerkungen über die Analogie der Schriftenvergleichung, den Zusammenhang des G. A. mit der Exhibitionspflicht und den engen Anschluss desselben an die Augenscheinseinnahme durch Sachverständige nur zu wiederholen.¹⁾

Das Verhandlungsprinzip, wie der Grundsatz der freien richterlichen, auf Erforschung der materiellen Wahrheit gerichteten Beweiswürdigung beherrschten, ebenso wie zur Zeit der Formulae, den römischen Civilprozess dieser Periode; die sog. Eventualmaxime war damals so wenig wie früher bekannt.

Daher möchte ich für die Kaiserzeit der Cognitiones unter Bezugnahme auf die Quellen und meisten Prozessualisten die Zulässigkeit eines G. A. auf Parteiantrag, wie von Amtswegen, mit denselben Schranken, wie ich sie für die Zeit der Formulae zu ziehen versuchte, behaupten.^{2) 3)}

§. 4. 2. Canonisches Recht.

Der seit dem 15. Jahrhunderte sich nach und nach auch

¹⁾ Demelius, l. c. Bayer, S. 860 u. bes. Bethmann-Hollweg, III. S. 285 Note 93. —

²⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg. III. S. 272 ff.; Endemann, Bew. l. §. 22 Nr. 14; Wetzell, §. 44; Wieding, d. justin. Libellprozess, Wien. 1865; Planck, Bew. U. l. c. —

³⁾ Die von Einigen (z. B. Wetzell l. c.) hieher allegirten: l. 22 Cod. Just. 5, 37 u. l. 1 Cod. Just. 11, 22, glaubte ich übergehen zu dürfen, da die erstere Stelle vorzugsweise die in die freiwillige Gerichtsbarkeit fallende Aufsicht der Obervormundschaftsbehörden, die letztere Gegenstände marktpolizeilicher und fiscalischer Natur behandelt; jedoch ist daraus immerhin ein Schluss auf die Zulässigkeit einer gerichtlichen Augenscheinseinnahme zu ziehen; vgl. Tancred, ed. Bergmann zu l. 22 C. J. 5, 37, p. 221 Not. 57.

in den weltlichen deutschen Gerichten einbürgernde kanonische Prozess, welcher sich anfänglich an das römische, später¹⁾ aber an das altdeutsche Verfahren angeschlossen und so von der freien Beweiswürdigung zur gesetzlichen Beweistheorie übergegangen war, änderte an der rechtlichen Stellung des G. A. fast Nichts, zumal da auch, wie wir später (dahier §. 6) sehen werden, im altdeutschen Prozess, soweit das kanonische Recht darauf Bezug nimmt, der leiblichen Beweisung eine Ausnahmsstellung unter den übrigen Beweisarten zugewiesen war.¹⁾

Von den einschlägigen Quellenstellen des Corpus juris canonici clausum (nach der hier benützten Ausgabe von 1605 Lugduni, editum jussu Gregorii XIII. Pont. Max.) seien hier u. A.²⁾ erwähnt:

C a p. IV, X, 2, 19 d e p r o b a t.:

„ quod tam proprio juramento, quam testimonio
„septem mulierum probavit, quae per aspectum corporis eam esse virginem asseruerant“ . . . ,

wozu das vorgesetzte Summarium (nach dieser Ausgabe) sich dahin äussert:

¹⁾ Das Wort „später“ soll hier auf die jüngste Gestaltung des romanisch-kanon. Prozesses hinweisen und damit keineswegs für den eigentlichen kanonischen Prozess das Vorherrschen römischer Beweisgrundsätze geläugnet werden; vgl. im Allg.: Planck, Beweisurtheil S. 137 ff.; Schulte, deutsche Reichs- u. Rechtsgeschichte, 2. A. S. 137 ff., Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, 4. Ausg. 1834 Th. II. §. 270 ff., Th. III. §. 460 ff.; Endemann, Beweislehre S. 82; auch Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 1860 ff. I. S. 636, 646 ff., II. S. 134 ff. —

²⁾ Vgl. c. 4, Dist. 28; die von der „evidentia facti“ handelnde Stelle: c. 15, X, 2, 13, de restitut. spoliat. dürfte eher in den bereits hier sich entwickelnden summarischen Prozess verwiesen werden. Der von Hertius p. 220 sq. (vgl. auch Wetzell, §. 44) hieher angezogene Canon 17 causa II quaest. I spricht nicht von der „evidentia facti“, sondern von der Gerichtsnotorietät, (vgl. Tancred, ed. Bergmann, p. 220), — in Criminalsachen (vgl. Tancred, ed. Bergmann p. 151, 156).

„Non creditur marito asserenti etiam cum juramento
 „uxorem se cognovisse, si uxor per matronas attestan-
 „tes, per ipsius corporis aspectum probat contra-
 „rium“, —

dann: Cap. VIII, X. 3, 2 de cohabit. cleric. &
 mulier.:

„ Si vero publicum est (sc. fornicatio clerici)
 „non ex evidentia, sed ex fama“.

In diesen Fällen wird der Augenschein zwar nicht von dem Richter, sondern durch Sachverständige, aber mehr aus Rücksichten auf die Sittlichkeit, als auf die Sachkunde eingenommen; im Zusammenhalte mit der „evidentia facti“ im Spolienprocesse, der hier nur vergleichsweise genannt werden soll, lässt sich indirect aus diesen Stellen auf den regelmässigen Gebrauch des G. A. auch im romanisch-kanonischen Prozesse schliessen.

Zur Bekräftigung Dieses führe ich die fast officiell zu nennenden Institutionen des Lancelottus (v. Perugia 1563) an, und zwar u. A.: (nach der Ausgabe v. 1605, Lgd. als Anhang zu der hier benützten A. des Corp. jur. canon.):

Lib. III, tit. XIV, de probat.:

„ Contingit autem quid probari variis modis: ut
 „puta inspectione judicis“,

dann in dessen Erläuterungen hiezu: (p. 123)

„Judicis inspectione consistunt probationes: ut
 „puta: „cum pro terminandis finalibus quaestionibus pro-
 „priis oculis loca judex subjicit, aut ex aspectu corporis
 „aetatem colligit, aut cum ex literis Ordinarii vel Apo-
 „stolicis excommunicatus aut dignitatibus honestatus quis
 „deprehenditur, vel cum ad probandum (?) virginitatem
 „ab honestis et prudentibus matronis vice sua judex
 „inspici mulierem jubet.“

Nicht minder stimmen hiemit die älteren Canonisten und Legisten aus der romanischen Schule überein.

Tancred¹⁾ in seinem ordo judicarius P. III, tit. 5 §. 6 führt die Beweismittel also auf:

¹⁾ Tancredus, ordo judicarius, ed. Bergmann, Gotting. 1842, p. 220; Durantis, speculum jur. etc. Francf. 1612, pars II, lib. II, de probat. §. 3, additiones Nr. 9. —

„Species autem probationum sunt sex; probatur videlicet per evidentiam facti, per famam, per praesumptionem, per juramenti delationem, per testes et per instrumenta,“

und fährt dann fort:

„Per evidentiam facti probatio est etc.“, wobei er die oben allegirten Quellenstellen näher beleuchtet.

Dessgleichen Durantis (Durandus)¹⁾, wie:

„ . . . Fit autem probatio per evidentiam sic: „nam si quis clericus habet parvam filiam, ex hoc probatur, non diu continuisse, ... Nam atrox injuria probatur ex aspectu, etiam corporis integritas, ... Contentio de limitibus dirimitur per inspectionem....“—

Andreae drückt sich in dem ihm früher zugeschriebenen ordo judiciarius²⁾, unter Anführung des alten Verses:

„Aspectus, scriptum, testes, notoria, sculptum,
„Jurans, confessus, praesumtu, fama probatum,“

folgendermassen aus:

„Primus modus est per aspectum corporis, ut si vir dicat, se cognovisse mulierem et illa negat, committitur mulier inspicienda matronis peritis et probis, an remanet virgo. Quartus (modus) per evidentiam facti et notorietatem, ut si clericus habet animalia etc.“ (ad X. 2, 19).

¹⁾ Tancredus, ordo judiciarius, ed. Bergmann, Götting. 1842, p. 220; Durantis, speculum jur. etc. Francf. 1612 pars II, lib. II, de probat. §. 3, additiones Nr. 9. —

²⁾ Andreae Joa. Ordo judic. Venet. 1573 p. 38 rubr. de specialibus probationum; vgl. dessen Ausgabe von Horn, nebst den altdeutschen Uebersetzungen, München, Ph. Bayer, 1837, S. 46; über die Autorschaft dieses Ordo s. Rockinger, über einen ordo judiciarius bisher dem Joh. Andreä zugeschrieben München, 1855, dann Bethmann-Hollweg, C. Pr. Bd. VI, 1. Abth. (1874) S. 144 Note 136. —

Mascardus endlich in seinen Conclusiones probationum¹⁾ beantwortet die von ihm aufgeworfene Frage:

„Quot sint probationum species?“

dahin:

„(Summaria) . . . (3) evidentia rei notorium nominatur,

„ . . . (5) probatio evidentissima est, quae fit per
„privilegia, instrumenta indubitata, clara, quae fit per
„testes, vel facti evidentiam, minus evidens, quae
„fit per conjecturas“

Mascard theilt die Beweismittel in „plenae“ und „semi-plenae“, und zählt zu den ersteren jene, welche ohne „adminicula“ vollen, wahren Beweis liefern wie die evidentia facti:

„haec itaque probatio plena ita definiri solet, quod
„illa sit, quae tantum fidem faciat, quantum ad finiendam
„controversiam sufficiat“

„Semiplenae vero probatio est illa, per quam rei gestae
„fides aliqua fit iudici, non tamen tanta ut iure eam
„debeat sequi in sententia dicenda.“

In der Quaestio 8 ibid. (Summaria) Nr. 1—25 beschreibt Mascard eingehend die rechtliche Stellung des G. A. wie folgt:

„ . . . (4) probationum nulla certior

„ . . . (5) omnibus aliis (probationibus) validior,

„ . . . (8) inter omnes (probationes) ejus generis
„major est illa, quae fit per testes de visu, ...

„ . . . (16) sententia nunquam transit in rem judi-
„catam, semper rejici potest, etiam sine appellatione,
„ubique per evidentiam facti constat de ejus iniquitate,

„(20) oculis magis habenda est fides quam auribus etc.“

Mascard bezeichnet in seinen Erläuterungen zu den hier allegirten Summaria den G. A. als eines der besten materiellen Beweismittel zur Erforschung des wahren Sachverhaltes durch den Richter, und führt für seine Ansicht auch Glossatoren und Commentatoren, wie Azo, Accursius, Baldus an; der G. A. sei ein Beweismittel, gegen welches

¹⁾ Jos. Mascardi Sarzinensis conclusiones probationum vol. I. quaest. 4. Francf. bei Zunner 1731, s. bes. dessen Belege.

in der Regel der Gegenbeweis ausgeschlossen, das selbst aber zum Gegenbeweis gegen einen bereits durch andere materielle Beweismittel versuchten Beweis zugelassen werde.¹⁾

Wenn dieser Schriftsteller hier eingehender gewürdigt wurde, so war dessen allseitige Behandlung des G. A. auch nach kanonischem Rechte (s. die bei Mascard oft wiederkehrende, vorzugsweise dem kanonischen Rechte eigenthümliche Ausdrucksweise für den G. A. „evidentia facti“) die gewiss nicht unbegründete Veranlassung.

Aus der Reihe der später folgenden Juristen sei hier noch J. H. Böhmer genannt, der in seinem Jus eccles. Protest.²⁾ etc. lib. I. tit. 32 §. 57 de officio judicis sich also über den G. A. äussert:

„(Z. 7.) Pertinet quoque ad informationem judicis circa „causam inspectio ocularis, quam judex sponte „ex officio etiam decernit.“

Auch die neueren Schriftsteller³⁾ erwähnen die von den Canonisten mit solchem Nachdrucke hervorgehobene Singularität des G. A.

Endemann³⁾ citirt einen Ausspruch der Italiener:

„Evidentia facti species probationis adeo clara, ut „nihil magis nec judex aliud quam illam requirat“; die im kanonischen Rechte nur bei den Canonisten übliche Bezeichnung des G. A. mit „evidentia facti“ habe nicht vollkommen dem heutigen Begriffe des G. A. entsprochen; zwischen dem Notorium und der Evidentia facti habe es eine probatio per aspectum gegeben; andererseits habe die evidentia bald vollen, bald nur halben Beweis erbracht.⁴⁾

¹⁾ Cf. ibid. Quaest. 17, Summar. Nr. 58; s. auch Mascard's Citat aus Horaz' ars poëtica. —

²⁾ J. H. Böhmer, Jus eccles. Protest. etc. Halae Magdeburgicae 1756 tom. I. l. c. (quinta editio); vgl. Hertius l. c. Einleitung s. Nr. I. —

³⁾ Planck, Bew. U. S. 138 Note 1., Endemann, Bew. I. S. 82, Schneider, die Lehre vom rechtl. Beweise u. s. w. (ed. C. Hofmann) Giessen 1842 a. a. O. s. v. „Augenschein“; Wetzell, C. Pr. §. 44 Note 2.

⁴⁾ Der Begriff der „evidentia facti“ ist nicht ein genau abgegrenzter; so wird evidentia facti (rei) z. B. in Sexto 5, 12

Im Uebrigen betont Endemann mit Recht die allmählig im romanisch-kanonischen Prozesse sich entwickelnde gesetzliche Beweistheorie, und deren, wenn auch nur geringen Einfluss auf den Gebrauch und die Beweiskraft des G. A.

Nach den vorliegenden Quellen und der einschlägigen Rechtsliteratur wird für den G. A. im romanisch-kanonischen Prozesse sich folgendes Resultat ergeben:

In einem Beweisverfahren, in welchem, wie bereits oben bemerkt, die, erst später durch gesetzliche Beweisregeln eingeschränkte, freie richterliche Beweiswürdigung galt und die Schöpfung eines auch materiell gerechten Urtheils den Endzweck des ganzen Verfahrens bildete, konnte der G. A. (hier meistens *evidentia facti (rei)* genannt) auf Parteiantrag wie von Amtswegen in jeder Lage des Prozesses eingenommen werden. Die von einigen älteren Juristen¹⁾ behauptete Zulassung des G. A. „*etiam post rem judicatam*“ ist weder in den Quellen noch in der ganzen Anlage dieses Verfahrens begründet; zur Wahrung der materiellen Wahrheit war ja durch die Möglichkeit der *in integrum restitutio* hinreichend Vorsorge getroffen.

Die Frage: „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der gerichtlichen Augenscheinseinnahme im Prozesse“ ist hier bei gleichen Grundsätzen in derselben Weise wie für den römischen Civilprozess zu beantworten; nicht zu verkennen ist, dass die Canonisten der älteren romanischen Schule dem Richter eine oft mit dem Verhandlungsprinzip in Widerspruch stehende Officialthätigkeit zusprachen.

Die Beweiskraft²⁾ des G. A. ist in der Regel eine voll-

c. 2 als gleichbedeutend mit *manifestum (notorium)* genommen; vgl. auch über den Begriff der „*praesumptio violenta*“ (das Gebiet der *evidentia facti* berührend) Tancred, ed. Bergmann p. 258, 259; Damasus, *Summa de ordine judiciario*, ed. Wunderlich, *Anecdota, quae processum civilem spectant*, Gotting. 1841 p. 96 (tit. 58). —

¹⁾ Vgl. Stenglein, im Archiv f. prakt. R. W. Bd. III. (N. F. 1866) S. 360 u. 361 Note 1 u. 2.

²⁾ Vgl. Endemann, C. Pr. §. 185 über die Beweiskraft der nach ihm begriffll. unterschiedenen *inspectio ocul.* u. *evidentia f.*

ständige, und zwar mit Ausschluss des Gegenbeweises, während der G. A. selbst zur Führung des Gegenbeweises immer zugelassen wird, wobei selbstverständlich die formellen Beweismittel nicht in Betracht gezogen werden.¹⁾

Bei der in diesem Prozessrechte bereits üblichen Einteilung des Beweises in „vollen“ und „halben“ tritt die Wirkung des G. A. als einer „*probatio plena*“ deutlich zu Tage.

Die aus der Natur der Sache oft gebotene thatsächliche Verbindung vom Gerichtlichen- und Sachverständigen-Augenschein hatte jedoch hier eine Vermischung der beiden Rechtsbegriffe dieser Beweisarten nicht herbeigeführt.

Wir haben sonach für den romanisch-kanonischen Prozess in dem G. A. zwar nicht das Beweismittel schlechthin, aber eines der besten, welches nicht gebunden an eine Beweisfrist, unabhängig im Allgemeinen von einem Parteiantrag zum erschöpfenden Beweis, wie zur genügenden richterlichen Information dienen kann.^{2) 3)}

¹⁾ Mit dieser letzteren Einschränkung ist auch der bekannte Rechtssatz: „*i. o. est regina probationum*“ zu verstehen.

²⁾ Vgl. im Allg. über die Beweisgrundsätze im roman.-kanon. Prozess: Bulgarus, *Summa de judiciis*, ed. Wunderlich, Anecd. etc. p. 20 (§ 7): „*judicem non utique ad certam probationis speciem cognitionem statim alligare debere, sed ex sententia animi sui aestimare oportere . . .*“; vgl. auch: Pillius de ord. judic. P. 3. §. 6, Tancredus de ord. judic. P. 3 tit. 5 §. 1 (ed. Bergmann p. 55 sqq. u. 215 sqq.); vgl. Bethmann-Hollweg, C. Pr. Bd. V. Abth. 2, S. 410 ff. —

³⁾ Um noch einmal auf den Ausdruck „*evidentia facti*“ zurückzukommen, so möchte ich „*evidentia facti*“ einmal als Genusbegriff für: *notorium*, *praesumptio violenta* und *aspectus* (= G. A.), (dessen Unterarten), und dann für den G. A. selbst als Speziesbegriff nehmen. Es liegt hiebei die Vermuthung nahe, dass die Quellen und die älteren Canonisten unter „*evidentia facti*“ Alles verstanden, was nicht durch Parteithätigkeit bewiesen werden musste; jedoch hat die schon damals erkannte singuläre Eigenschaft des G. A. als richterliches Informationsmittel nicht dazu geführt, den G. A. wie es neuere Schriftsteller, z. B. Wetzell, versuchten, ganz aus der Reihe der

3. Deutsches Recht.

A. Gemeines Recht.

§. 5. a) Die Leges Barbarorum.

Für eine historische Betrachtung des G. A. im deutschen gemeinen ordentlichen Civilprozess bieten die sog. Leges Barbarorum (offiziellen Ursprungs aus dem 5.—8. Jahrhunderte n. Chr.) nur mittelbar einige Anhaltspunkte.¹⁾

Das Vorherrschen der gesetzlichen Beweistheorie in einem Verfahren, in welchem nicht der vorsitzende Richter, sondern die umsitzenden Schöffen das Urtheil fanden, hatte zur Folge, dass die formellen Beweismittel des Eides und des Gottesurtheils die Regel bildeten; daneben erwähnen die Leges Barbarorum noch vorzugsweise unter den materiellen Beweismitteln das Zeugniß Dritter und die Urkunden.

Hiemit soll aber keineswegs die Annahme der Zulässigkeit eines G. A. ausgeschlossen sein, zu deren Begründung hier auf das Nachbarn- (Gemeinde-) und Gerichtszeugniß, sowie auf den Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit verwiesen wird.

Beweismittel zu streichen. Das Nähere hierüber s. dahier §. 8 und 10. —

¹⁾ Eine wörtliche Anführung von etwa vergleichsweise heranzuziehender Quellenstellen würde daher für den Zweck dieses Versuches belanglos sein; vgl. für die Beweislehre im Allgemeinen: Bethmann-Hollweg, C. Pr. Bd. IV. S. 33, dann für das Recht der einzelnen Stämme: S. 169, 243, 246 Note 60, S. 286, 382 Note 42, S. 493 Note 70; derselbe Bd. V. Abth. 1. (1871) S. 125 ff. S. 148 u. 157. — (S. 137 Note 55) —. Siegel, Geschichte d. deutschen Ger.-Verfass. Giessen, 1857, Bd. I. S. 274 ff.; — Rogge, d. Ger.-Wesen d. Germanen, Halle, 1820, S. 93 ff. 243 ff. Maurer, Gesch. d. altgerm. u. s. w. Ger.-Verfahrens Heidelb. 1824 §. 23, 139; Endemann, Bew. I. S. 82 ff. Planck, Bew. U. S. 38 ff.; Eichhorn, I. §. 77; Sohm, der Prozess der Lex Salica, Weimar, 1867; Zorn, d. Bew.-Verfahren nach Langobard. Recht, München, 1872 §. 4. — Schulte, R. u. R. G. §. 131. —

Das Nachbarn- (Gemeinde-)Zeugniss hängt enge mit der patriarchalischen Gerichtsverfassung dieser Zeit zusammen; wie die Nachbarn Das, was sie zufällig oder als Urkundspersonen gesehen, wenn von den Streittheilen zum Zeugniss aufgerufen, im echten Ding bezeugten, so werden sie auch in ihrer Eigenschaft als Urtheiler ihrer Entscheidung Dies als Notorium zu Grunde gelegt haben. War da ihre vorausgegangene Augenscheinseinnahme nicht ein antizipirter G. A.? ¹⁾

Das Gerichtszeugniss, dessen Bedeutung in der Zeit der sog. Rechtsbücher noch deutlicher zu Tage tritt (s. hier §. 6), wurde von dem Gerichte als solchem über früher vor ihm stattgefundene Vorgänge abgelegt (Gerichtsnotorietät). Wenn nun, wie geschehen, diesem Zeugnisse über früher Wahrgenommenes so viel Werth beigelegt wurde, sollte da im laufenden Verfahren die gegenwärtige, unmittelbare Sinneswahrnehmung des Gerichtes nicht in Anspruch genommen worden sein? ²⁾

Der Inquisitionsbeweis endlich aus der karolingischen Zeit, eine eigenthümliche Ausnahme in diesem streng formellen Parteiverfahren, ist für die Annahme der Zulässigkeit des G. A. geradezu von höchster Bedeutung.

Die Inquisitionsgewalt des Richters, welcher auf Seiten der berechtigten Partei das Inquisitionsrecht entsprach, hatte in gewissen privilegierten Fällen den Inhalt, dass von Amtswegen eine Befragung von Personen als Zeugen stattfand, wie z. B. besonders bei Grenzstreitigkeiten. ³⁾ Die Aus-

¹⁾ Als ein Beispiel des Nachbarnzeugnisses betrachte ich die von Rudorff l. c. für den G. A. (?) allegirte Stelle aus der lex Baiuw. tit. 13 C. 12 §. 1:

„ et aliqui ex vicinis eorum videant hoc (sc. damnum) et designent locum, qui laesus est et alia, quae in-
„facta sunt“

²⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg, IV. S. 33, V. 1. S. 110 Note 56, S. 129; Planck, l. c.

³⁾ Vgl. bes. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karoling. Zeit, Wien, 1866, S. 62 ff., 109, 139, 141, 157, 161 ff.; Bethmann-Hollweg, IV. S. 382 Note 41 u. 42, V. 1. S. 148.

dehnung dieser Officialthätigkeit auf die gerichtliche Augenscheinseinnahme folgt nothwendig aus der Tendenz dieses Ausnahmungsverfahrens: „Judici fit probatio, non legi.“ In diesen Ausnahmefällen können wir daher sogar bei dem formellen Parteiverfahren der *Leges Barbarorum* von einem G. A. *ex officio* sprechen.

Da nun diese Officialthätigkeit das Criterium des Inquisitionsbeweises bildet, und nicht etwa die Zulassung von Beweismitteln, welche im regelmässigen Verfahren nicht gestattet sind, so wird man umgekehrt folgern dürfen, dass im gewöhnlichen Verfahren, wenn anders gegebenen Falls den Urtheilern eine Urtheilsschöpfung ermöglicht werden sollte, auf Parteiantrag eine G. A. Einnahme stattfinden konnte.

Immerhin jedoch ergibt sich aus diesen Analogien des Nachbarn- und Gerichtszeugnisses, wie des Inquisitionsbeweises, dass der G. A. ein seltenes Beweismittel war, und in dem Nachbarnzeugnisse nach der Anlage des damaligen Prozesses und der Gerichtsverfassung seinen natürlichen Vertreter fand.¹⁾

Die hier vertretene Anschauung befindet sich in Uebereinstimmung mit den Ausführungen neuerer Schriftsteller.

So äussert sich Rogge l. c. für diese Zeit über den gerichtlichen Beweis dahin, dass darunter auch „sinnliche Wahrnehmungen, aus deren Zusammenhange der Richter sich von dem Dasein und der Beschaffenheit der in Rede stehenden Thatsachen eine bestimmte Vorstellung bildet“, — fallen.

Bethmann-Hollweg²⁾ macht auf die Thatsache

¹⁾ Näher: Der G. A. ist aus dem Nachbarnzeugnisse herausgewachsen; der Sachverständigen-Augenschein kam bei diesem Ueberwiegen des Nachbarnzeugnisses neben dem G. A. wohl nur selten zur Anwendung; ein Beispiel desselben findet sich im §. 2 der von Rudorff l. c. angeführten l. Baiuw. tit. 13 C. 12: „Ita et de vinea et de prato faciat sicut aestimatores arbitraverint et componat.“ —

²⁾ S. Citate bei Note 1) d. S. 21 dahier, ferner Bethmann-Hollweg, V. 1. S. 125 ff., 127 Note 10; (Nachbarnzeugniss durch „*sensores homines*“, s. Bethm. IV. S. 382 Note 42).—Die Grenzen des

aufmerksam, dass auch in diesem Verfahren materielle Beweismittel, wie Zeugen, Urkunden, Augenschein benützt wurden, und beruft sich im Allgemeinen auf l. Baiuw. text. III. 8, 17, dann l. Visigoth. II. 1, 22 und lex Alaman. (Karol.) c. 42. — (Wie der G. A. eingenommen wurde, darüber s. die nur zu vermuthende Analogie z. Z. der sog. Rechtsbücher, §. 6 dahier.)

Erwägt man nun noch, dass die Rechtsentwicklung von den L. B. zu den sogen. Rechtsbüchern, in welchen die „leibliche Beweisung“ eine so auffallende Ausnahmstellung einnimmt, eine harmonische Weiterbildung des Vorhandenen war, so wird man wohl behaupten dürfen, dass zur Zeit der Leges Barbarorum der G. A. auf Parteiantrag, in den Fällen des Inquisitionsbeweises sogar ex officio (neben dem ihn oft vertretenden Nachbarnzeugnisse) eingenommen wurde.²⁾

§. 6. b) Die sog. Rechtsbücher.

Unter den sogen. Rechtsbüchern (Privatarbeiten) des 13., 14. und 15. Jahrhunderts kommen für den vorliegenden Versuch vorzugsweise der Sachsenspiegel mit seinem Richtsteig und der Schwabenspiegel in Betracht.¹⁾

Nach diesen Rechtsbüchern tritt der G. A. hier „leibliche Beweisung“ oder auch nur „Beweisung“ schlechthin genannt, aus dem Rahmen des formellen Beweisverfahrens in höchst bemerkbarer Weise hervor.

G. A. (an Raum u. Zeit, f. d. Parteien u. d. Gericht) lassen sich für diese Zeit nicht genau ziehen. —

- ¹⁾ Homeyer, des Sachsenspiegels 1. Theil od. d. sächs. Landrecht, 3. Ausg. Berlin, 1861; derselbe, der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis, Berlin, 1857, Frh. v. Lassberg, der Schwabenspiegel u. s. w. Tübingen, 1840; vgl. auch: Ficker, der Spiegel deutscher Leute, Innsbr. 1859; Hänel, d. Beweissystem d. Sachsensp. u. s. w. Leipzig, 1858 bes. §. 9 ff.; Bethmann-Hollweg, IV. S. 33 ff.; Planck, Bew. U. S. 38 ff., 65; derselbe in Wilda's Zeitschr. f. deutsches R. B. 10 S. 205 ff.; Wetzell, C. Pr. §. 44²⁾; Heffter, System, S. 284, Renaud, C. Pr. §. 109 Note 1).

Lassen wir zuerst den Sachsenspiegel und dessen Richtsteig sprechen:

Sachssp. B. I. Art. 15 §. 2: (H o m e y e r, Ssp. S. 171)

„Sculdeget man den man umme dat, des he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unscult. Svat man aver under ime (G. A.) bewisen mach, dar vore mut he antwerden ane unscult,“ (d. h. der Unschuldseid muss vor dem G. A. weichen); hiezu die Glosse: „(Liflik) bewisinge is, dat me an einem manne sut edder vulen mach gegenwardichliken; desser bewisunghe tug lid de sasse. Di ander bewisinge is unliflik, als al, dat me up enen man mit worden seghet, des lid de sasse nicht“ (Scheidung von leibl. und unleibl. Beweisung);

dann Richtst. C. 11 §. 3: (H o m e y e r, Rstg. S. 122)

„. . . . Wultut bewaren, dat he nicht sweren ne moge, so vrag sus: her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat wit under eme (G. A.) bewisen mogen, oft hes mit sime ede vorsaken moge, dat hes nicht ne hebbe edder wat en recht si. So vint me he ne moge. Wultu aver ene scenden, so lat ene den ed don, unde aneva dar na din ding, so helpet em sin ed nictes nicht unde du crigest dat dine wedder“ (d. h. nicht nur darf der Beklagte nicht schwören, wenn der Kläger leiblich beweisen kann, auch ein bereits geschworener Eid kann durch die leibl. Beweisung als Meineid unwirksam gemacht werden);

R. St. C. 16 §. 1: (H o m. Rst. S. 142)

„. . . . Sprikt denne de jene: her richter, ic en hebbe siner have nicht, so vrag, sint tu se under em bewisen machst, oft he di dar vor sweren moge. So vintme he ne moge. So bewise he dat gut“;

R. St. C. 40 §. 2: (H o m. Rst. S. 259)

„. . . . So sprekestu sus dar wedder: wat N. vor gehgedem dinge bewiset heft, dat is dat N. desse have bi sik heft“ (darnach musste, wenn möglich, in der Regel das Augenscheinsobjekt vor Gericht gebracht werden, um das „under eme“ beweisen zu können).

In Uebereinstimmung mit dem Sachsenspiegel äussert sich der Schwabenspiegel, wie:

Schw. sp. §. 25^b: (Lassberg, Schwsp. S. 15)

„ . . . vnd swa div frowe der dinge niht enhat, der
„sol si nit geben, ob si ir vnschvlde dar zv tvt, daz si
„sin niht enhabe, vnd si mvz vmbe iegelich dinc be-
„svnderliche ir eit tvn, swes aber man si bewisen (G.A.)
„mac, da nimt man ir rehtes niht vmbe“;

Schw. sp. §. 157: (Lassberg S. 74)

„ . . . hat er ez aber selbe gesehen“, (Ge-
richtszeugniss über das früher vor Gericht Wahrgenommene
— ein Beleg für die Bedeutung der richterlichen Sinnes-
wahrnehmung überhaupt, ein Anhaltspunkt für die leibl.
Beweisung, welche mit dem Ger.-Zeugnisse so enge zu-
sammenhängt.)

So liessen sich aus diesen Rechtsbüchern, wie aus dem
zwischen dem Sachsen- und Schwabenspiegel stehenden sog.
Spiegel deutscher Leute, noch viele Stellen anführen¹⁾,
welche die leibliche Beweisung als ein Beweismittel mit der
Wirkung schildern, dass das Beweisrecht von dem Ange-
griffenen auf den Angreifer übergeht und sogar der Un-
schuldseid zurückgewiesen wird, wenn der Kläger sein Recht
durch die „scheinbare That“ dem Gerichte beweisen kann.

Der G. A., dessen äussere Bezeichnung „Beweisung“
schlechthin schon deutlich seine Stellung unter den übrigen
Beweismitteln ausdrückt, siegte sogar über die formellen
Beweismittel und wurde in einer höchst charakteristischen
Weise, nemlich in der Art in Anwendung gebracht, dass
das A.-Objekt²⁾ vor das gehegte Ding gebracht, und dass

¹⁾ Vgl. noch: S. sp. I, 22 §. 4 (Deutsch. sp. nach Ficker c.
27), S. sp. I, 33 (Schw. sp. §. 38, Dsp. c. 38), S. sp. II,
26 §. 4 (Schw. sp. §. 192 b, Dsp. c. 132), S. sp. II, 47 §. 2
(Schw. sp. §. 212, Dsp. c. 159), S. sp. III, 5 §. 5 (Schw.
sp. §. 258 b, Dsp. c. 205), S. sp. III, 29 (Schw. sp. §. 288 a. b
Dsp. c. 243, 244); R. St. c. 21 §. 2, c. 27 §. 3, c. 37 §. 1,
c. 39 §. 1, c. 40 §. 4. — (Cautela u. Premis sind f. d. G.
A. belanglos).

²⁾ Als Beispiel des Augenscheinsobjektes, d. h. dessen, was leib-
lich bewiesen wird, erscheint nach den obigen Allegaten das
„under eme“, der Gewahrsam der Streitsache auf Seiten des

sich unter unmittelbarer Bezugnahme auf dasselbe das zwischen den Parteien in Rede und Gegenrede, zwischen den Parteien und dem Gerichte in Frage und Antwort sich bewegende Beweisverfahren abspielte.

Im Sachsenspiegel (I, 18 §. 2) wird gegenüber dem Vorrechte der Sachsen auf den Unschuldseid dem Gerichtszeugnisse der Vorrang gelassen, und die Glosse hiezu dehnt Dies auf die leibliche Beweisung aus, — wieder ein Beleg dafür, dass die Quellen das Gerichtszeugniss mit der leiblichen Beweisung wegen ihrer gegenseitigen Verwandtschaft auf eine Stufe stellten und beiden gleiche Vorzüge zuerkannten.

Und wenn nun im Richtsteige des sächsischen Landrechts sogar wider den geschworenen Eid der Gegenbeweis des Meineides durch den G. A. gestattet wird (C. 11 §. 3) während sonst gewöhnlich der Gegenbeweis im altdeutschen Verfahren ausgeschlossen ist, konnte dann die Ausnahmsstellung der leiblichen Beweisung in den sog. Rechtsbüchern besser gekennzeichnet werden? ¹⁾

Blicken wir gegenüber diesen Ausführungen auf die älteren und neueren Juristen.

Sebastian Brandt in seinem richterlichen Klagspiegel²⁾ äussert sich bei Besprechung der actio fin. regund. u. A.:

„Item in allen obgeschriebenen stucken dieser clage
„sol der richter die statt selbst besehen und auch die

Beklagten (vgl. im Strfpr. das Vorführen des Diebes mit der ihm aufgebundenen gestohlenen Sache), s. Planck Bew. U. S. 39. —

¹⁾ Vgl. bes. Homeyer, Richtsteig S. 475 ff. (S. 478 Note * u. **), S. 503 ff.; Planck, Bew. U. S. 39, 45 u. 65, derselbe in Wilda's Ztschrh. Bd. 10 S. 208, 209, 317, (303); s. auch Hertius l. c. Eichhorn, II. §. 382 Note 1, Endemann, Bew. l. l. c., Schulte, R. u. R. G. S. 399 Note 3; dann d. Citate in Note 1) der S. 24 dahier. —

²⁾ Seb. Brandt, der richterliche Clagspiegel, Strassburg, 1516, P. I. fol. 63 verso; vgl. auch Tengler, Ulr., der neue Layenspiegel, Strassb. 1514; vgl. ferner: Petrus Termineus, proc.

„undergenger schicken und senden, es sey, dass durch
„die menschen oder das wasser die stein dannen gethan
„werden.“

Die in diese Zeit fallenden Uebersetzungen des bisher dem *Andreae* zugeschriebenen *ordo judiciarius*, nemlich das sog. Senkenberg'sche Gerichtsbüchlein (gg. d. J. 1490) und die „Ordnung und Unterweisung u. s. w.“ (um dieselbe Zeit) lauten in dem Abschnitte über den Beweis²⁾:

„(Ger.-Büchlein) Probare weysen, Probatio weysung.
„Durch frische oder ware küntliche tate der geschichten
„das haist per evidentiam facti als ain schul oder
„do ain priester kinder in dem hauss hat das gibt
„vrkünd das er vnstät ist das ist incontinens.

„Durch beschawung des leibs das ist per aspectum
„corporis als vmb Jungkfrauschaft“ — (Ebenso:
„Ordnung“ u. s. w.)

Hertius l. c. und mit ihm auch die neueren Prozessschriftsteller¹⁾ erblicken in der leiblichen Beweisung ein vorzügliches Beweismittel mit der oben geschilderten Wirkung, das nicht nur im echten Ding, sondern auch ausserhalb des Hegungsortes in Gegenwart der Schöffen erhoben wurde.

Hier ist noch besonders auf die grundlegenden Forschungen *Planck's* l. c. einzugehen und hiebei der schon früher bemerkte Zusammenhang der leiblichen Beweisung mit dem Gerichtszeugnisse näher zu erörtern.

Planck in der genannten Abhandlung: „Das Recht zur Beweisführung u. s. w.“ a. a. O. zeigt deutlich, wie das Beweisrecht des Angegriffenen auf den Unschuldseid dem ausnahmsweisen Beweisrecht des Angreifers weichen muss, wenn Letzterer „näher zum Beweise“ ist, d. h. auf Gerichtszeugniss oder leibliche Beweisung sich berufen kann. „Die

jur. script. et consuetud. etc. Venet. 1573 Cap. 34 de probat. ejusque specieb.; das sog. Senk. Ger.-Büchlein u. die „Ordnung u. s. w.“ s. in der Ausgabe von Horn p. 26 u. 27, (s. auch hier §. 4 Note 2) der S. 16. —

¹⁾ S. Citate in Note 1) d. S. 24 dahier; bes. *Planck* in d. Aufsätze: „Das Recht z. Beweisführung nach d. älteren deutschen bes. sächs. Verfahren“, in *Wilda's Ztschr.* l. c., — (S. 224 ff.)—

„natürliche Veranlassung (zur Einreihung des Ger.-Zeugnisses in das System der Beweisrechte) lag darin, dass in „der äusseren Erscheinung das Zeugniß des Richters Namens „der ganzen Gerichtsversammlung als vollkommen gleichartig erschien mit den Eiden der Parteien und in ähnlicher Weise, ja nach denselben Regeln über die Zahl der Mitschwörenden unterstützt wurde“

Und in Ansehung der leiblichen Beweisung stützt sich Planck auf die allgemeine Erwägung, dass Dasjenige, was von dem Gericht mit eigenen Sinnen wahrgenommen, nicht mehr von den Parteien abgeschworen werden kann, (eine Thesis, welche sicher in jedem, formellen oder materiellen, Beweisverfahren anerkannt sein muss, wenn nicht Unrecht zum Rechte werden soll).

In seiner Schrift: „Die Lehre von dem Beweisurtheile“ a. a. O. zieht dann Planck die daraus für das Beweisurtheil dieser Zeit sich ergebenden Schlüsse; darauf einzugehen würde die vorgesteckten Grenzen der vorliegenden Arbeit überschreiten. Hervorzuheben ist jedoch auch hier aus Planck's Ausführungen, dass nach und nach, wenn auch das Beweisrecht des Angegriffenen und der Ausschluss des Gegenbeweises die Regel bilden, durch diese Ausnahmsstellung des Ger. Z. und der leibl. Beweisung die materiellen Beweismittel zur Geltung kamen, und die gesetzliche Beweistheorie, „legi (partibus) fit probatio“ vor der freien richterlichen Beweiswürdigung: „judici fit probatio“ allmählich den Platz räumte.

Was Planck über den Inhalt und die rechtliche Natur des älteren deutschen Beweisurtheiles sagt, wie besonders über den Beweissatz und die Beweisfrist in Ansehung des Ger. Z. und der leibl. Beweisung, lässt wohl für diese Zeit keine anderen Schlüsse zu, als welche oben aus den Rechtsbüchern unmittelbar zu ziehen versucht wurde. —

Im Laufe dieses Abschnittes war wiederholt von dem engen Zusammenhange des Ger. Z. und der leibl. Beweisung die Rede; das Vorhergehende liefert schon mittelbar Anhaltspunkte für diese Behauptung, und nicht minder liefern sie und zwar unmittelbar die Rechtsbücher¹⁾ selbst.

¹⁾ S. R. St. c. 16 §. 6, c. 23 §. 1, c. 27 §. 3, (S. sp. III, 54,

Das Ger.-Zeugniss war ein Beweismittel, welches die Parteien mit der gleichen Wirkung benützten, wie die leibl. Beweisung; nicht blos, was das Gericht jetzt sieht, sondern was es bereits früher wahrgenommen hat, konnte von den Parteien für ihre Beweisführung angerufen werden.

Die dem Ger. Z. und der leibl. Beweisung gemeinsame eigene Sinneswahrnehmung des Gerichtes war die begründete Veranlassung zur Ausnahmsstellung dieser beiden Beweismittel. — Die hier einschlägigen Untersuchungen Hänel's¹⁾ können nicht unerwähnt bleiben.

Hänel bezeichnet die leibl. Beweisung als ein modifizirtes Ger. Z. und legt hiebei scharfsinnig die scheinbare Doppelthätigkeit des Gerichtes bei der Ausstellung eines Ger. Z. als bezeugende und entscheidende Behörde auseinander; mit Recht findet er die Lösung dieses vermeintlichen Widerspruches in der rechtlichen Natur des Ger. Z. zu jener Zeit, welches als Parteibeweismittel der richterlichen Würdigung unterliegt, ganz ebenso wie jedes andere Beweismittel. Wie das Ger. Z., soweit es reichte, vollen Beweis unter Ausschluss aller übrigen Beweismittel erbracht, so habe dasselbe auch nur von Einer Partei, d. h. derjenigen, welche „näher zum Beweise“ war, angerufen werden können. —

Damit dürfte der behauptete Zusammenhang des Ger.-Z. und der leibl. Beweisung bewiesen und auch die nähere Behandlung des ersteren gerechtfertigt sein. In der späteren Rechtsentwicklung hat allerdings das Ger.-Z. den Charakter eines Beweismittels abgestreift und tritt uns jetzt als Gerichtsnotorietät entgegen.

Blicken wir auf die Aussprüche der sog. Rechtsbücher und die einschlägige Rechtsliteratur zurück, so resultirt hieraus für den G. A., hier „leibliche Beweisung“ genannt, Folgendes:

§. 1, III, 88 §. 1); vgl. Cautela, in Hom. R. st. S. 395: „Alsus bringestu das recht diner sache in der richtere unde „der schepphen adir ander dinglute gedanckin . . .“; s. auch Hom. R. st. S. 475, 503, Planck, Bew. U. I. c., Bew.-führung I. c. —

¹⁾ Hänel, Bew.-System §§. 10, 12, 26 ff.; vgl. auch Homeyer, R. st. I. c. Wetzell, C. Pr. §. 20 Note 25. —

Im Anschlusse an die *Leges Barbarorum* entwickeln sich in den sog. Rechtsbüchern nach und nach die materiellen Beweismittel, wofür die Ausnahmsstellung der leiblichen Beweisung neben dem Ger.-Z. das sprechendste Zeugniß ablegt.¹⁾

Die leibliche Beweisung geht dem saechsischen Vorrechte des Angegriffenen auf den Unschuldseid vor, so dass, wer sich auf dieselbe berufen kann, „näher zum Beweise“ ist, und gegebenen Falles dem Kläger, nicht dem Beklagten, das Beweisrecht zusteht.

Diese das altdeutsche Beweisrecht des Beklagten geradezu negirende Wirkung der leiblichen Beweisung zeigt am besten die Bevorzugung derselben in den Rechtsbüchern gegenüber allen anderen Beweismitteln.

Die praktische Verwerthung der leiblichen Beweisung fand allerdings eine Schranke in der Form des Verfahrens, wornach zwar in- und ausserhalb des echten Dinges der G. A. eingenommen werden konnte, aber doch nur dann, wenn die zu beweisende Thatsache, z. B. der Gewahrsam des Streitobjectes auf Seiten des Beklagten, unmittelbar vor dem versammelten Gerichte leiblich, augenscheinlich gemacht werden konnte.

Und andererseits war die leibl. Beweisung, wenn auch noch nicht von einer Eventualmaxime gesprochen werden kann, doch innerhalb des Beweisverfahrens an eine Beweisfrist gebunden, da bestimmte Abschnitte im Verfahren mit präjudizirlicher Wirkung bereits in dieser Periode zu erkennen sind.

Wie weit der Richter, bzw. die Parteien bei der leiblichen Beweisung vorgehen konnten, ob ex officio bzw. bei Mangel einer bestehenden Exhibitionspflicht, lässt sich wohl dahin beantworten, dass eine Officialthätigkeit im altdeutschen Beweisverfahren in der Regel (vgl. den Inquisit.-Bew. in der karol. Zeit, §. 5 dahier) ausgeschlossen war, wie nicht minder in Ansehung der beweisführenden Partei eine Beschwerde des Gegners. — Immerhin aber war der Bann der gesetzlichen Beweistheorie, welche in dem Eide und Gottesurtheile

¹⁾ Diese beiden Beweismittel ergänzen sich, vice versa.

gipfelte, gebrochen und für eine freie richterliche Beweiswürdigung der Raum geschaffen.

Die rechtliche Natur und Ausnahmsstellung der leiblichen Beweisung ruht auf der Erwägung, dass der Richter glauben muss (und wird), was er sieht und jede Abschwörung von Seiten der sachfälligen Partei hiegegen unzulässig ist. ¹⁾

§. 7. c) Die Kammergerichtsordnung von 1555
und der Jüngste Reichsabschied von 1654.

Im 16. und 17. Jahrhunderte sind die Hauptquellen des gemeinen Civilprozesses die (Reichs-) Kammergerichtsordnung in ihrer letzten gesetzlichen Fassung von 1555 und der Jüngste Reichsabschied von 1654.

Allein in Ansehung des sog. materiellen Beweisrechtes, insbesondere über Zulässigkeit und Gebrauch des G. A. geben uns diese Gesetze keine näheren Aufschlüsse; vielmehr haben wir diese in dem schon damals als subsidiäre Rechtsquelle geltenden römisch-kanonischen Rechte zu suchen.

Aus der C. G. O. P. I. tit. 85 ²⁾ könnte man per analogiam die Eidesformel bei der Augenscheinseinnahme durch Sachverständige (sog. „Mählereid“ ²⁾ hier anführen:

„Ihr werdet schwören, dass ihr in dieser Sachen,
„darum ihr erfordert, so viel ihr das aus Erfahrung
„eurer Kunst erlernet, mit euren leiblichen Sinnen
„erkundet, niemanden zu Lieb u. s. w.“

Hiemit ist aber trotz der inneren Verwandtschaft des Sachverständigen-Augenscheines mit dem G. A. für letzteren noch Nichts gewonnen.

¹⁾ Der Sachverst.-Augenschein tritt hier gegenüber dem Zeugnisse des Gerichtes oder Dritter ganz zurück. —

²⁾ S. Ausgabe d. C.G.O. v. B. G. Struven, Corp. jur. publ. academ. Jena, 2. A. 1734 S. 365; dessgl. v. Bergmann, Corp. jur. judic. civil. Hannover 1819 u. die dort erwähnten G. O. v. Lindau 1505 u. Regensburg 1507 als Vorläufer d. C.G.O.; vgl. Claproth, Einleit. in d. ord. bürgerl. Proz. 3. A. Göttingen, 1795, Bd. II S. 287 Note a). — Rudorff l. c. —

Belangreicher erscheinen mir die Bestimmungen im artikulirten Beweisverfahren der C. G. O. über den Zeitpunkt und Modus des Anbietens der Beweismittel durch die Parteien und deren Erhebung durch das Gericht selbst, oder als „*causa extraordinaria*“ vor einem deputirten Richter.¹⁾

Hieraus ist zu schliessen, dass der G. A. an alle jene Termine wie die übrigen „*Probationes*“ gebunden war.

Die Beweisartikel mit den angebotenen Beweismitteln wurden im 5. Termine verschlossen bei Gericht übergeben, die Publikation derselben konnte aber durch Nachsuchen einer „*dilatio probandi*“ auf den 6. Termin verschoben werden, — Rechtsnormen, welche die etwas freiere Behandlung der Beweisartikel im Gegensatze zu den an bestimmten „*Audienz*“-Terminen bei Gericht einzureichenden Exceptions- und Replikschriften erkennen lassen. Andererseits konnte schon im 4. Termine oder auch früher bei dem Beweisanerbieten ein Richterkommissär zur Erhebung der angebotenen Beweismittel bestellt werden, u. s. w.²⁾ —

So viel dürfte wenigstens aus dieser allgemeinen Skizze des formellen Beweisverfahrens der C. G. O. im Zusammenhalte mit den materiellen, hier subsidiär geltenden römisch-kanonischen Prozessgrundsätzen ersichtlich sein, dass z. Z. d. C. G. O. der G. A. auf Parteiantrag wie *ex officio*, nicht in seiner Geltendmachung beschränkt war durch die bereits damals sich entwickelnde *Eventualmaxime*. —

Anlangend ferner den J. R. A. v. 1654³⁾, so sind hier dessen allgemeine, von der C. G. O. abweichende, Prozessmaximen zu berühren.

¹⁾ S. nach Struven: C. G. O. P. III tit. III §. 10, tit. XI §. 3, tit. XVII §. 1 u. 2 (tit. XV. u. XVI). —

²⁾ Nach Struven: C. G. O. P. III tit. XV §. 11, tit. XVI §. 1 u. 8, tit. XVII §. 2. —

³⁾ S. d. I. R. A. ebenfalls bei Struven, S. 648 ff.; vgl. bes. bei Struven, S. 503: „Kurtzer Begriff des keyserl. Cammerrechtes, was durch den westphälischen Frieden und den Reichsabschied de An. 1654 weiter vor Veränderungen darin geschehen“, s. v. „Der Beweiss“; vgl. auch Bayer, C. Pr. S. 37 u. 38. —

Durch den J. R. A. sollte der schleppende Terminprozess der C. G. O. einem beschleunigten, einfacheren Verfahren Platz machen, und war besonders in dieser Beziehung das durch den §. 37 des J. R. A. ausdrücklich anerkannte sog. Eventualprinzip von weittragender Wirkung.

Die enge Begrenzung der „Audienz“-Termine auf bestimmte Prozessabschnitte sollte sich jedoch auf das Einreichen der Beweisartikel bei Gericht durch die Parteien ausnahmsweise nicht erstrecken, und die „Probantia“ auf den 2. Termin verschoben, bzw. im 3. Termine bei der Beweisverhandlung angetreten werden können.¹⁾

Als Beispiel für den G. A. sei §. 51 des J. R. A. (nach Struven) hier allegirt:

„Wenn es um Gräntzen, Weydgänge, Jagden und andere dergleichen Jura und Gerechtsamkeiten zu thun, und den Augenschein einzunehmen vonnöthen, solle zu des Richters besserer Information eine jede Parthey einen richtigen Abriss zu produziren schuldig seyn.“ —

Weiter lässt sich der J. R. A. in das materielle Beweisrecht des G. A. nicht ein; daher sind auch hier wie für die C. G. O. die Prozessgrundsätze der subsidiären Rechtsquelle als massgebend zu erachten, auf welche nach den vorausgehenden diessbezüglichen Erörterungen verwiesen werden darf.

Wenden wir uns zu den Schriftstellern dieser Periode, so dürften die Ausführungen von Mevius²⁾ hier als sachgemäss zu verzeichnen sein:

Mevian. Cod. de c i s. 15 in der Ueberschrift lautet:

„Ex oculari inspectione sententia, antequam communicato rotulo audiuntur partes, — causa plene cognoscitur, nulla est, — in rem judicatam non transit.“

¹⁾ S. nach Struven: I. R. A. §. 34—39, 41, 45, 46 u. 50; P. Gambsii Commentar. z. I. R. A. nebst Erläut. z. westphäl. Frieden v. Obrecht, Francf. 1702 S. 463, zu §. 46 bzw. 51 d. I. R. A. (für die vorliegende Frage ohne Belang). — Rudorff l. c.

²⁾ Mevianus Codex tom. II lib. 7 tit. 45 decis. 15 u. 33, (Mevius: 1609—1670) s. bes. die betr. Noten. —

Im sich anschliessenden Contexte führt Mevius aus, dass nur dann, wenn die Parteien gehörig geladen sind, der Augenschein beweiskräftig ist, dass ferner die Resultate der Augenscheinseinnahme in den Rotulus aufgenommen und derselbe den Parteien mitgetheilt werde, um gegen die Beweiskraft des G. A. etwa remonstriren zu können.

Zur Decis. 33 *ibid.* mit der Ueberschrift: „*Ocularis inspectionis quaedam nullitates*“, zählt der Context die Gründe der möglichen Nichtigkeitsbeschwerde gegen den vorgenommenen Augenschein auf, wie u. A. ungeeignetes Objekt, Mangel eines vorausgehenden, vorgeschriebenen (Partei) Schriftenwechsels, der Anwesenheit der Streittheile, u. s. w., und umschreibt daselbst in Note 1) die *inspectio ocularis* mit: „*o. i. est eorum, quorum iudicium dependet ex sensu.*“

Hieran reihen sich die *Observationes* von Wernher¹⁾, u. A. in Pars IV *observ.* 37 (zu einem praktischen Rechtsfall betr. Grenzstreitigkeiten):

„ Im Uebrigen die J. O. an keine gewisse Frist „gebunden, sondern gelegentlich gesucht werden kann, „auch ehe und bevor solche geschehen, auf die geführte „Bescheinigung definitive nicht gesprochen werden mag“; *ibid. observ.* 234 mit der Ueberschrift:

„*O. i., non citata parte adversa, suscepta nullam vim „probandi habet*“, lautet im Contexte: „*Non parum „saepe probationem adjuvat o. i., modo rite, legitime „illa fiat.*“

„*Requisita ejus praecipua sunt, ut saltem duae personae judiciales, cum actuario jurato, adsint, periti artis, iidemque jurati, adhibeantur; tum vero utraque „pars rite citata sit. Quo requisito deficiente, nihil talis „inspectio prodest, omnique vi probandi destituitur.*“ (Es folgt nun zu diesen Lehrsätzen die praktische Nutzanwendung).

Zur *observ.* 28 in Pars III (der systematischen Uebersichtlichkeit wegen hier nach Pars IV gestellt) äussert sich Wernher in der Ueberschrift:

¹⁾ Wernher (1675—1742) *Select. Observat. forens.* tom. I. pars III. u. IV., — bezügl. der damaligen Gesetzgebung u. R. Literatur f. d. G. A. von grossem Werthe. —

„O. i. quocunque tempore Processus peti potest, quamvis intra terminum Saxonicum sub Articulis probatorialibus inducta fuerit“, — und dann im Contexte: „O. i. semper locus est, etiam post attestata publicata conclusionem in causa; imo post rem judicatam, in ipso Executionis actu Cum sententia, quae per facti evidentiam elidi potest, nunquam in rem judicatam transire intelligatur“

Im Anschlusse an diese Stelle führt dann Wernher des Weiteren aus, dass das Versäumen des Termines für die Augenscheinseinnahme nicht als Verzicht auf dieses Beweismittel angesehen werden darf, da die I. O. an kein Fatale gebunden sei und auch der Richter ex officio auf dieselbe dezerniren könne. — (Auch hier wieder im Suppl. zu der betr. Observ. Applikation der Theorie auf die Praxis). — Endlich *ibid.* observ. 31 num. 13 u. A. (bei Behandlung der Frage, ob ein blind gewordener Richter noch fort amtiren könne) spricht sich Wernher über den G. A. dahin aus:

„Cum enim probatio per o. i. seu¹⁾ evidentiam facti omnium optima sit, eidem semper, etiam post fatale probationis elapsus, imo post rem judicatam locus est, nec a Iudice denegari potest.“

In kurzen Umrissen möge hier noch die im Kreise der Rechtsanschauungen dieser Periode sich bewegende Monographie von Hertius²⁾ über den G. A. erwähnt werden.

Hertius, der die vorausgegangene diessbezügliche positive Gesetzgebung wie Rechtsliteratur genau verfolgt, baut seine Theoreme auf die von ihm acceptirten, von Scheinemann in seiner Dissertation über die I. O. und Rutger Rulantus in seiner Schrift „de commissariis“ lib.

¹⁾ J. o. u. e. f. sind hier, wie „seu“ andeutet, synonym gebraucht.

²⁾ Hertius, *Comment. & opuscul.* vol. I tom. III p. 220 sqq. (Francf. 1700), de i. o. dissert.; — (Carpzow, in seinen sog. *Definitiones forenses*, Lips. 1674 u. in seinem *Process. jur. in foro Saxon.* Jenae 1675 bietet f. d. G. A. nichts Belangreiches). —

3, 4 und 6 verfochtenen Prozessgrundsätze auf, wobei auch die neueste Reformgesetzgebung seiner Zeit für den gemeinen Civilprozess, die C. G. O. von 1555 und der J. R. A. von 1654 entsprechend berücksichtigt werden. In einer historischen Einleitung (s. Nr. II und III) schildert Hertius die rechtliche Natur des G. A. im römisch-kanonischen und älteren deutschen Prozessrechte; für seine Zeit gelte die Maxime:

„fides iudici fiat,“ oder wie Scheinmann diss. „§. 4 sich ausdrücke: „... est actus judicialis, quo „iudici de re dubia vel facto controverso per illius aspectum rem sese ita & non aliter habere, demonstratur.“

(Nr. XXXV) Der G. A. sei ex officio wie auf Parteiantrag (das Regelmässigere), oft mit dem Sachverständigen-Augenschein verbunden, zulässig. (Hertius citirt Horaz, wie Aristoteles: „ὄψις κατ' αὐτὴν ἀκοή δὲ κατὰ συμβεβηκός“, d. h. der Augenschein wirke durch sich selbst, die Wahrnehmung durch den Gehörsinn bedürfe einer fremden Beigabe, hänge von begleitenden Zufälligkeiten ab; auch Polybius lib. 12 hist. 15:

„ὄφθαλμοὶ γὰρ τῶν ὧτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες“ „was die Augen sehen, glaubt das Herz“ u. s. w.“)

In Nr. IV ibid. werden die Objekte des G. A. kasuistisch behandelt, dann die Personen, welche den G. A. einzunehmen haben (Nr. XXVII u. XXXVI), die Art und Weise und der Zeitpunkt der G. A.-Einnahme (Nr. XXXIII ff.), z. B. Augenscheins-einnahme vor dem Streitbeginne bei der operis novi nuntiatio behufs Feststellung der realen Voraussetzungen dieser Klage, jedoch wird entschieden die „vulgaris opinio“ der Zulassung des G. A. post rem iudicatam bekämpft.

Ferner geht Hertius (Nr. XXXVII) auf die von Einigen bestrittene Lehre von dem Verzicht auf das produzierte Beweismittel des G. A. ein, mit Rulantus und Mevius die Ansicht vertretend, dass von einer Gemeinsamkeit des produzierten, aber noch nicht eingenommenen G. A. für die Parteien nicht gesprochen werden könne.

(Nr. XXXVIII ff.) Die in concreto nothwendige Gegenwart der geladenen Parteien, die Mitwirkung derselben, die Protokollirung der Resultate der G. A. E. und die Würdigung

derselben durch den urtheilenden Richter werden kurz und klar von Hertius beleuchtet:

„i. o. omni probationum generi derogare.“

Baldus, Pacianus, Harpprecht, Brunne-
mann u. A. werden von Hertius zur Begründung seiner
Ansicht von der vorzüglichen Beweiskraft des G. A. ange-
zogen. (G. A. = plenus effectus, praesumptio juris et de
jure, dagegen Schriftenvergleichung nur = semiplenus
effectus.) — Endlich (Nr. XLIV ff.) erwähnt noch Hertius,
dass der G. A. gegenüber einem Streitverzichte, einer res
judicata (und nach Einigen gegenüber einem geschworenen
Eide?) nicht Platz greifen könne.

Mit dieser allgemeinen Inhaltsangabe über die Mono-
graphie von Hertius dürfte einerseits die Art und Weise
der dogmatischen Behandlung des G. A. Seitens der Rechts-
gelehrten dieser Periode, andererseits deren Rechtsan-
schauungen selbst kurz wiedergegeben sein.

Wie weit Hertius gefolgt werden kann, wird die hier
versuchte dogmatische Darstellung des G. A. (§. 10 ff.)
ergeben.

Von den neueren Cameralisten sei hier noch Danz¹⁾
erwähnt.

Anknüpfend an den §. 51 des J. R. A. lässt Danz sich
dahin vernehmen, dass, wenn auch bei der A.-Einnahme die
Parteien zur besseren Orientirung in der streitigen Sache
dem Richter genaue Risse zu den Akten zu übergeben
hatten, doch noch bei unaufgeklärter Sachlage der Richter
von Amtswegen oder auf Parteianrufen eigene Commissarien
zur A. E. abordnen konnte.

In Uebereinstimmung mit den diessbezüglichen Dar-
stellungen Planck's²⁾, Schneider's²⁾ u. A. dürfen wir
daher nach dem Vorausgeschickten für den G. A. zur Zeit

¹⁾ Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses, Stuttg. 1795
§§. 201, 204, 229, 230. — (vgl. auch Gaill, observ. lib. I obs.
26 nr. 9: „i. o. omnium probationum firmitissima,“ nach Re-
naud, C. Pr. §. 109 Note 12).“

²⁾ Planck, Bew. U. S. 171 ff. Schneider, d. Lehre v. rechtl. Be-
weise §. 509 ff. — Vgl. auch: Eichhorn IV. §. 575 ff.

der C. G. O. v. 1555 und des J. R. A. v. 1654 folgendes Resultat annehmen:

In formeller Beziehung hat die C. G. O., bezw. der J. R. A., insoferne auf den Gebrauch des G. A. eingewirkt, als in dem damals geltenden artikulirten Beweisverfahren die Beweisartikel (wie im Allgemeinen so auch bezüglich des G. A.) an einem bestimmten Termine schriftlich übergeben werden mussten, und zwar in der Regel am 2.; die Eventualmaxime war für die Zulassung der Beweismittel jedoch nicht ausschliesslich massgebend; nach dem Endurtheile jedoch war der G. A. nicht mehr zulässig.

Das materielle Recht des G. A. basirt auf römisch-kanonischen Prinzipien und war daher im Allgemeinen die Zulässigkeit des G. A. ex officio wie auf Parteiantrag anerkannt.

Bei der G. A. E. in diesen beiden Fällen war die Gegenwart der immer zu ladenden Parteien nothwendig, wenn ausserdem thatsächlich der G. A. nicht eingenommen werden konnte (wenn z. B. von der exhibitionspflichtigen Partei das A.-Objekt erst vorgelegt werden musste). Die Beweiskraft des G. A. war eine volle (probatio plena). Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E. entschied auch hier die Exhibitionspflicht.

Mit dem allmäligen Verschwinden der gesetzlichen Beweistheorie und dem Eindringen des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung waren die materiellen Beweismittel in den Vordergrund getreten, und unter ihnen vorzüglich der G. A.¹⁾.

§. 8. d) Gesetzgebung und Literatur der neueren Zeit.

Seit dem J. R. A. war für den gemeinen Civilprozess die positive Gesetzgebung nicht mehr thätig geworden und

¹⁾ Die Verbindung von Sachverständigen- u. G. A. tritt mit dieser Periode deutlicher hervor; für die bereits damals aufgeworfene Streitfrage von der Gemeinsamkeit der Beweismittel wird die Realproduktion als entscheidend angesehen. —

erst in der neuesten Zeit hat die politische Neubildung Deutschlands diessbezügliche legislatorische Bestrebungen hervorgerufen, welche am Ende dieses Abschnittes besprochen werden sollen.

So musste naturgemäss die Fortbildung des Prozessrechtes durch die Juristen erfolgen und der gemeine Civilprozess in seiner neueren Entwicklung ein Juristenrecht werden.

Unter den nun hier vorzugsweise in Betracht kommenden sog. Praktikern des 18. Jahrhunderts dürfte Claproth¹⁾ eine nicht unbedeutende Stelle einnehmen und seine Bemerkungen über den G. A. für seine Zeit von Gewicht sein.

Dieser Schriftsteller charakterisirt den G. A. als:

„unter allen Beweisarten die stärkste, wenn er gerade „Das beweiset, was bewiesen werden soll.“

Der G. A. könne ex officio, wie auf Parteiantrag, vor dem ganzen Gerichte oder einer Gerichtsdeputation in jedem Prozessstadium vor dem Urtheile, wie in der Exekutionsinstanz, auch vor gestellter Klage in perpetuam rei memoriam eingenommen werden. Claproth äussert sich zur Frage: „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E. im Prozesse“ in einer der freien richterlichen Beweiswürdigung, wie dem Verhandlungsprinzip im Allgemeinen Rechnung tragenden Weise. Was das formelle Verfahren betrifft, so sei die Gegenwart der immer zu ladenden Parteien nothwendig, wenn ausserdem dem Richter hiedurch faktisch die A. E. unmöglich gemacht werden würde. Ueber die G. A. E. selbst werde ein genaues Protokoll mit Weglassung der Aufnahme aller Parteideduktionen abgefasst und in der in einem späteren Termine stattfindenden Schlussverhandlung unter Einreichung der Impugnations- und Salvationsschriften der Parteien die Beweiskraft des G. A. für die richterliche Würdigung geprüft. (s. die Beispiele der Besichtigung von „Gränzmähler“, — der Beiziehung von Sachverständigen u. s. w.)

In dieser kasuistisch-praktischen Weise behandelt Claproth den G. A.

¹⁾ Claproth, Einleit. in d. ord. bürgerl. Prozess, Gött. 1795, 3. A. Bd. II §. 222 ff.

Hieran reiht sich Linde¹⁾, welcher an dem gemeinrechtlichen Satze festhält, dass der G. A. auch ex officio in jeder Prozesslage, begrenzt durch die Verhandlungsmaxime, eingenommen werden könne, ohne dadurch den Charakter eines eigentlichen direkten Beweismittels zu verlieren.

Aehnlich: Heffter¹⁾, Schneider¹⁾ und auch Bayer¹⁾, welch' Letzterer jedoch gegenüber dem G. A. ex officio das Verhandlungsprinzip stark hervorhebt.

Puchta²⁾ und Endemann²⁾ erkennen zwar die Zulässigkeit des G. A. ex officio an, zählen aber den G. A. zu den uneigentlichen Beweismitteln; hiebei sei gegen Puchta's Ansicht, dass die Aufnahme des von dem Produzenten fallen gelassenen G. A. durch den Richter ex officio unzulässig sei, bemerkt, dass bei dem begrifflichen Unterschiede des G. A. als Parteibeweis- und richterliches Informationsmittel der Richter den G. A. in dieser letzteren Eigenschaft ohne Verletzung der Verhandlungsmaxime einnehmen kann.

Mit Renaud³⁾ sprechen sich auch Gönner³⁾ und Wetzell³⁾ für den G. A. ex officio aus, die beiden letzteren Schriftsteller wollen aber abweichend von der herrschenden Meinung den G. A. ganz aus der Reihe der Beweismittel gestrichen wissen. Insbesondere Wetzell gelangt bei seiner eigenthümlichen Definition von „Beweis“ zu Schlussfolgerungen, welche, wie mir scheint, Stenglein⁴⁾ treffend widerlegt hat.

¹⁾ Linde, Lehrb. d. C. Pr. 1850 §. 292, Heffter, System §§. 235, 262 Note 20, u. §. 387, Schneider §. 509 ff. Bayer, S. 766, 791, 819, 971.

²⁾ Puchta, Ztschr. f. Civilr. u. Proz. B. III S. 31 ff.; Endemann, C. Pr. §. 185, 215, Bew. I. §. 22 Note 1). —

³⁾ Renaud, C. Pr. §. 109, u. Ztschr. f. C. u. Pr. Bd. 18 N. F. S. 349; Gönner, Hdb. d. gem. Proz. 1804, B. II S. 314; Wetzell, C. Pr. §. 20 Note 25 ff., §. 21 Note 1), §. 44; — vgl. auch Gensler im Archiv f. civil. Pr. Bd. I S. 39, Mittermaier, ebenda, B. II S. 119 ff.; über Endemann's „Beweissurrogat“ s. §. 10 dahier.

⁴⁾ W. Stenglein, Rpr. im Archiv f. prakt. R. W. N. F. B. III S. 360 ff. —

In dem citirten Aufsatze von Stenglein wird mit der Hauptfrage von der Gebundenheit des G. A. als Parteibeweismittel an die peremptorische Beweisantrittsfrist die Vorfrage von der Zulässigkeit des G. A. ex officio näher erörtert.

Stenglein wendet sich zuerst gegen G ö n n e r's Begriff des Beweises, bekämpft dann die sich an G ö n n e r anschliessenden Ansichten von Martin und Wetzell, besonders die Behauptungen dieser drei Schriftsteller, dass der G. A. nicht unter die (Partei) Beweismittel zu zählen sei, und macht schliesslich für die Beantwortung der von ihm gestellten, obengenannten Hauptfrage auf die Doppelnatur des G. A. als Beweis- und richterliches Informationsmittel aufmerksam; in Ansehung des G. A. als Beweismittel erklärt er die Parteien mit ihrem diessbezüglichen Antrage an die peremptorische Beweisantrittsfrist gebunden, wie andererseits auch der Richter in diesem Falle, wenn ihm das Augenscheinsobjekt noch nicht zur Besichtigung unterstellt worden, an die ausdrückliche Aufforderung der Parteien gebunden sei; handle es sich aber nur um richterliche Information, so sei der Richter weder an eine Beweisantrittsfrist noch an einen diessbezüglichen Parteiantrag gebunden, sondern könne jederzeit ex officio vorgehen.

Stenglein unterwirft hiebei (s. bes. Note 13, 14, 16 u. 17) die verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten einer eingehenden Kritik. —

Den trefflichen Ausführungen dieses Schriftstellers, besonders in der vorgenannten begrifflichen Unterscheidung des G. A. als Beweis- und Informationsmittel möchte ich für den gemeinen Prozess vollkommen beipflichten. —

Im Allgemeinen steht mit der herrschenden Meinung der Theorie auch die neuere Rechtssprechung der deutschen Gerichte in Einklang.¹⁾

So würdigt ein Erkenntniss des Darmstädter O. A. G. v. 9. September 1872 in einer erschöpfenden Weise das Verhältniss der Verhandlungsmaxime zu dem G. A. ex of-

¹⁾ Seuffert's Archiv f. Entscheid. d. ob. Ger. in d. d. St. kl. 8^o
Bd. VII Nr. 130. 131 (wohl zu weitgehend: Nr. 213 in B.

ficio; die Entscheidungsgründe dieses Urtheils heben hervor, dass, soweit von einer Exhibitionspflicht gesprochen werden könne, auch ein G. A. immer ex officio zugelassen werden müsse, da der G. A. zur Klarstellung des von den Parteien unterbreiteten Streitobjektes nicht ein Vorgehen des Richters *ultra petita partium* involvire.

In ähnlicher Weise berühren die noch hier (Note 1 d. S. 42) allegirten Erkenntnisse der obersten deutschen Gerichtshöfe die Zulässigkeit einer G. A. E. ex officio und führen als Beispiel die Schadensfeststellung gegenüber einer bereits anerkannten Ersatzpflicht an.

Dagegen dürfte das Erkenntniss des O. A. G. zu Jena v. 15. Januar 1858 doch zu weit gehen, wenn es den Probaten zu Gunsten des Probanden zwingt, zum Beweise des Wasserstandes seinen Teich abzulassen. Hier wird der Probat zu einer positiven Handlung, zur Verschaffung eines Beweismittels für den Probanden angehalten, was doch, abgesehen von einer bestehenden Exhibitionspflicht¹⁾ bzw. einer bereits durch Realproduktion eingetretenen Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel²⁾, der Verhandlungsmaxime, der Gleichstellung der Parteien widersprechen würde. —

Zum Schlusse dieser rechtshistorischen Skizze des G. A. im gemeinen Civilprozesse mögen noch in Kürze die neueren Entwürfe eines gemeinsamen deutschen Prozessrechtes betrachtet werden, welche sämmtliche mehr oder minder die Verhandlungsmaxime einerseits, den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung andererseits anerkannt haben.

Anlangend nun vorerst den sog. Hannoveranischen Entwurf von 1866, so hat hier der G. A. eine gründliche Beachtung Seitens der betheiligten Rechtsgelehrten gefunden.³⁾

XII) B. XIII Nr. 295, XXVII Nr. 276 (bes. wichtig), XXVIII Nr. 84, 157 u. 170. —

¹⁾ S. d. Citate in §. 2 Note 3 d. S. 10 dahier.

²⁾ Bayer, C. Pr. S. 933 ff.; Bolgiano, gesammelte Abhandlungen aus d. Gebiete d. gem. d. C. Pr. München 1869, Nr. 11 bes. Note 7). S. dahier §. 11. —

³⁾ S. d. Comm. Protokolle z. Berath. einer allg. C. Pr. O. f. d. d. B. st. Hannover 1862 — 66 zu §. 308 ff. d. E. Bd. VII. 132. Sitz, S. 2109, B. XV. 307. Sitz. S. 5663. —

Zu den §§. 308 — 311 des Entwurfes über den G. A. wurde insbesondere die begriffliche Trennung des G. A. als Informations- und Beweismittel betont und darnach die Frage der Beweisfrist, der Gegenwart der Parteien u. s. w. beantwortet. So ergab z. B. die Abstimmung über den §. 308 d. E. die Annahme der Bestimmung, dass der Gebrauch des G. A. als Parteibeweismittel an eine Beweisfrist gebunden sei, nicht aber die G. A. E. ex officio; die Gegenwart der Parteien wurde sodann nur zur etwaigen Bezeichnung des Streitgegenstandes für nothwendig gehalten, wobei die Gestattung der Bezeichnung des Streitobjektes durch den anwesenden Produzenten bei dem Ausbleiben des Produzenten heftig bekämpft wurde. Die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E. ist zwar ausdrücklich nicht statuirt, jedoch stillschweigend innerhalb der Schranken der Verhandlungsmaxime bzw. der Exhibitionspflicht anerkannt. —

Betrachten wir endlich die aus den Entwürfen einer C. Pr. O. für den norddeutschen Bund von 1870¹⁾ bzw. für das Deutsche Reich v. 1871 und 1874 hervorgegangene Civilprozessordnung v. 30. I. 1877²⁾.

Diese deutsche C. Pr. O. bestimmt in den §§. 135, 336 und 337 (§§. 129, 326 u. 327 des Entw. v. 1874) über den G. A., dass derselbe sowohl von Amtswegen als Informationsaugenschein, als auch auf Parteiantrag zum Zwecke der

¹⁾ Vgl. f. d. G. A. dortselbst §. 495; Brakenhausen im Archiv f. civil. Pr. Bd. 52, dessen Critik dieses Entwurfes.

²⁾ S. Entw. einer C. Pr. O. f. d. d. R. v. 1874 u. Begründung desselben, Drucksachen d. d. Reichstages II. Legisl. Periode 2. Session 1874 Nr. 6 S. 134 u. 246 ff., (Critik v. Wach in v. Pözl's krit. V.-J.-Schrift B. XIV S. 356 ff., B. XV S. 346. Dieser Entwurf und insbesondere auch die hier einschlägigen Bestimmungen wurden von dem Reichstage in 3. Berathung unverändert nach den Beschlüssen in 2. Berathung en bloc angenommen, Drucksachen d. d. R. T., II. Legisl. P. 4. Sess. 1876 Nr. 60. Nach hiezu erfolgter Zustimmung des Bundesrathes wurde die C. Pr. O. f. d. d. R. als Gesetz v. 30. I. 1877 im R. G. Bl. f. 1877 Nr. 6. S. 83 ff. publicirt.

Beweisführung in Verbindung mit dem Beweise durch Sachverständige, von dem ganzen Gerichte oder einem beauftragten Richter bis zur mündlichen Schlussverhandlung eingenommen werden könne.

Dass die deutsche C. Pr. O. im §. 135 (§. 129 d. E.) den Inform. A. behandelt, erhellt deutlich aus der „Begründung“ des E. v. 1874, S. 134:

„Es sind daher dem Gerichte in den §§. 127—129 (incl.) weitere Befugnisse beigelegt, welche in gleicher Weise, wie das Fragerecht, darauf abzielen, dem Gerichte die für seine Entscheidung nothwendige Grundlage zu verschaffen“

Der Beweis-A., welcher nach §. 447 (§. 429 d. E.) und „Begründung“ desselben S. 289) auch vor dem Beginne eines Rechtsstreites zur Sicherung des Beweises eingenommen werden kann, wird angetreten „durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatsachen“ (§. 336, bzw. 326 d. E.), und zwar schon in den vorbereitenden Schriftsätzen der Parteien (§. 121 Abs. 5 bzw. §. 117 Abs. 4 d. E.); bis zur mündlichen Schlussverhandlung kann jedoch, wie bereits erwähnt, dieses Beweismittel nachgeholt werden (§§. 255, 256, 320 ff. bzw. §§. 245, 246, 310 ff. d. E.).

Anlangend ferner das Verhältniss des G. A. überhaupt zur Exhibitionspflicht, so äussert sich die „Begründung“ des E. v. 1874 S. 247 dahin, dass „die Parteien verpflichtet sind, den ihrer Verfügungsgewalt unterliegenden Streitgegenstand dem Richter zum Zwecke der Augenscheinseinnahme vorzuweisen (vgl. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 262, 263); befindet sich aber die in Augenschein zu nehmende Sache in dem Besitze eines Dritten, so wird dieser von den Parteien eventuell im Wege der Klage zur Gestattung der Augenscheinseinnahme anzuhalten sein, sofern ein hierauf gerichteter Anspruch begründet ist.“

Hiemit sollen die von Wach l. c. gegen den Entw. v. 1871 wegen Nichtberücksichtigung der Frage „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.“ erhobenen Bedenken beseitigt werden.

Allein es ist nicht zu verkennen, dass in der „Begründ-

ung“ die Grenzen der Officialthätigkeit des Richters nicht genau gezogen sind. Wollte man dem Richter gestatten, von sich aus die Vorlage der zu beaugenscheinigenden Sache, die Einsichtsnahme einer Lokalität zu erzwingen? Sicher nur dann, wenn das Augenscheinsobjekt der Streitgegenstand ist, auf welchen die Parteien bereits Bezug genommen haben.

Dafür spricht das Protokoll¹⁾ der Justizkommission d. d. R. T., welche zur Berathung des E. durch R. G. vom 23. XII. 1874 bzw. 1. II. 1876 niedergesetzt war, über die in der 15. Sitzung v. 8. Mai 1875 stattgefundene 1. Lesung der einschlägigen Bestimmungen:

„Zu §. 326 beantragt der Abg. Gaupp mit Rücksicht auf die Fassung der Motive den Zusatz:

„Die civilrechtlichen Vorschriften über die Verpflichtungen zum Vorzeigen einer Sache werden hierdurch nicht berührt.“

„Da der Direktor von Amsberg erklärt, es liege dem Entwurfe fern, in die materiell-rechtlichen Bestimmungen über die Exhibition einzugreifen, zieht Abg. Gaupp seinen Antrag zurück.“

Man darf sohin für die neue deutsche C. Pr. O. in Ansehung der Frage „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.“ sich dahin entscheiden, dass der Beweis- wie Informationsaugenschein nur stattfinden könne, wenn das Augenscheinsobjekt der richterlichen Besichtigung durch die Parteien unmittelbar unterstellt ist, oder wenn die Parteien auf dasselbe als auf den Streitgegenstand Bezug genommen haben und so es der richterlichen Würdigung unterbreitet wissen wollen; ausserdem besteht, abgesehen von dem Falle der Gemeinsamkeit dieses Beweismittels²⁾ und der civilrechtlichen Exhibitionspflicht eine Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E. nicht²⁾.

¹⁾ S. Protokolle d. Justizkommission d. d. R. T., betr. d. Berathung d. C. Pr. O. u. d. E. G. Drucksachen, 2. Legisl. P. II. Sess. 1874 u. IV. Sess. 1876 Nr. 6. S. 126.

²⁾ Die „Begründung“ des E. v. 1874 S. 257 läugnet zwar die Verträglichkeit der Lehre von der sog. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel mit den Grundsätzen des E. über den Weg-

Aus dem Gegebenen dürfen wir für die neuere gemeinrechtliche Doktrin und die auf einen gemeinsamen deutschen C. Prozess gerichteten legislatorischen Bestrebungen unserer Zeit das Resultat dahin ziehen, dass an der Doppelnatur des G. A. als Beweis- und richterliches Informationsmittel festgehalten wird. Nach gemeinem Rechte und auch nach dem sog. Hannov. Entwurfe ist der G. A. zwar nicht als Informations-, wohl aber als Beweismittel an die Beweisfrist gebunden, während nach dem neuen deutschen Prozess die praeklundirende Beweisfrist überhaupt hinweggefallen ist. Dass der Beweis-A. an einen Parteiantrag gebunden ist, folgt aus seiner Natur als Beweismittel, welche allerdings neuere Schriftsteller (wie Wetzell u. A.) läugnen.

Die gemeinrechtliche Lösung der Frage „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.“ stimmt mit der oben für den neuen deutschen Prozess versuchten überein.

Die Vorzüge der materiellen Beweismittel-Natur des G. A. sind durchgehends anerkannt.^{1) 2)}

fall der Eventualmaxime, spricht aber sachlich ebenda zu §. 351 d. E. (jetzt §. 364 d. G.) bezüglich der Zeugen, und S. 267 zu den §§. 375 ff. d. E. (jetzt §§. 388 ff. d. G.) bezüglich der Urkunden von einer Gemeinschaftlichkeit, welche analog im Sinne der Realproduktion auch für den G. A. nach dem E. anzunehmen ist; — s. auch §. 125 d. G. (§. 121 d. E.) — Vgl. ferner noch über den G. A.: §§. 3 d. G., (§. 3 d. E.) über Feststellung des Werthes des Streitgegenstandes durch G. A., 146⁴ d. G. (§. 140⁴ d. E.) über A. Protokoll, 196 d. G., (§. 189 d. E.) über den A. Ort, 135 u. 332 d. G. (§§. 129, 322 d. E.) über Ausbleiben der Parteien bei der Einnahme des G. A.

¹⁾ Bei den häufig nebenbei auftretenden technischen Fragen wurde die Verbindung des Sachverständigen- mit dem G. A. immer gewöhnlicher. —

²⁾ Vgl. ferner: Archiv f. civil. Praxis Bd. 13 S. 137 Note 14 (Wachenhäuser), Bd. 25 S. 358 (Brauer), B. 41 S. 92 (Endemann), Bd. 54 S. 81 (Gimmerthal); v. Holtzendorff, Encyclp. d. R. W. Th. I. (1870) S. 604, Th. II (2. A.) Bd. I. S. 127, 215, 665, Bd. II S. 377. —

§. 9. B) Die Partikulargesetzgebungen.

Der Mangel eines codifizirten gemeinen Civilprozesses hatte zur Folge, dass in den einzelnen deutschen Staaten eigenartige Prozessordnungen erlassen wurden. Die für den G. A. zutreffenden Bestimmungen der wichtigeren Gesetze sollen hier kurz erwähnt werden, ohne dass dabei nach System und Principien geschiedene Rechtsgruppen gebildet werden (hiefür s. bes. die „Begründung d. E. einer C. P. O.“ f. d. d. R. v. 1874, dahier §. 8).

Bayern d. d. R. hatte in der neuern Zeit¹⁾ durch den Codex juris Bavarici judiciarii v. 1753 (commentirt von s. Verfasser W. X. A. Frhr. v. Kreittmayr) die erste umfassendere Codifikation des bürgerlichen Prozessrechtes auf einer entschieden gemeinrechtlichen Grundlage erhalten.

Der Codex jur. Bav. judic., gewöhnlich die bayerische Gerichtsordnung genannt, sagt in Cap. XII §. 3²⁾ über den G. A., dass derselbe als der sicherste Beweis in jeder Prozesslage, auch noch in der Appellationsinstanz (gegenüber einer res judicata ex capite restitutionis) nicht blös auf Parteiantrag, sondern auch ex officio, nicht gebunden an eine Beweisfrist, eingenommen werden könne.

¹⁾ Auf die früheren Prozessgesetze, wie das Rechtsbuch Kaiser Ludwig's d. B. von 1346, dann die Ger.-Ordnungen v. 1520 und 1616 u. s. w. hier eingehen zu wollen, würde über die Grenzen dieser Studie hinausgehen; — doch möge hier noch auf das Münchener Stadtrechtsbuch (versiegeltes Buch) um d. J. 1340 hingewiesen werden, (s. Auer, d. Stadtr. v. München 1840 §. 1), dessen Bestimmungen über das Verfahren in sog. Bau- u. Kundschaftssachen z. Z. der Geltung d. b. G. O. v. 1753 noch nicht aufgehoben waren, (s. Anm. z. G. O. v. Kreittmayr z. C. III §. 3 Nr. 4 u. die bei Auer abgedruckte Bauordnung v. 1489 art. 47; über diese summarische Prozedur s. Auer §. 33) jetzt aber seit der C. Pr. O. v. 29. IV. 1869 nicht mehr in Kraft sind. (s. E. G. z. Pr. O. v. 29. IV. 1869, A. 2. u. 3. Z. 1 u. A. 8 Abs. 2. u. d. Pr. O. selbst A. 5 Z. 2, A. 6 Z. 6.) —

²⁾ S. Seuffert, Commentar über die b. G. O. 2. Aufl. Bd. 3 S. 306 ff. (S. 310 Note 9) u. besonders: Zeitschr f. Gesetzgeb. u. R. Pfl. d. K. Bayern B. VI S. 363 ff. —

Die Beweismittel-Natur des G. A. ist von der b. G. O. anerkannt und gibt dieselbe den Parteien wie dem Richter in Ansehung des formellen Beweisverfahrens bei der G. A. E. Direktiven, welche dem gemeinen Rechte vollkommen entsprechen; auch betreffs der Bestimmungen über die Gegenwart der Parteien, die Protokollirung des Ergebnisses der G. A. E. u. s. w. ist der gemeine Prozess zum Muster genommen. Hervorzuheben jedoch ist der Rechtssatz daselbst, dass auf die G. A. E. sofort oder auch in einem späteren Termine nur über das Ergebniss des G. A., nicht aber über die sogleich oder später abgegebenen Gutachten der etwa beigezogenen Sachverständigen (zur Schlussverhandlung) Parteierklärungen zu Protokoll genommen werden dürfen.

Man wollte wohl hiedurch die sonst leicht eintretende Vermischung der Resultate des G. A. und Sachverständigen-Augenscheines vermeiden. — Die zur b. G. O. ergangenen Novellen¹⁾ haben interpretativ die einschlägigen Normen für die Praxis ergänzt.

Die Novelle v. 22. VII. 1819 §. 12 und 13 (Ges.-Bl. f. d. K. B. v. 1819 St. VII S. 67) wie jene v. 17. XI. 1837 §. 41 (b. G.-Bl. v. 1837 St. II S. 41 ff.) haben die in der b. G. O. bereits anerkannte Freiheit des G. A. von der Beweisantretungsfrist bestätigt.

Während nun die b. G. O. nur für das diesseitige Bayern in Kraft war, galt in der bayerischen Rheinpfalz der Code de procédure civile v. 1806.²⁾ Nach dessen Bestimmungen über den G. A. in Part. I liv. I tit. VIII art. 41 suiv., im Verfahren vor dem Friedensrichter („Des Visites

¹⁾ Moritz, Novellen z. b. G. O. B. I (1811) B. II (1818) B. III (1819) zu C. XII §. 3 d. G. O. s. Rubrik „Cultursachen“; Gönner, Comm. z. Nov. v. 22. VII. 1819, Erlangen 1820 S. 171, 176; Lauk, Critik d. Nov. v. 17. XI. 1837 im Archiv f. civil. Pr. B. 22. —

²⁾ S. Edition conforme à l'édition originale de l'imprimerie impériale, Dessau et Leipzig chez George Voss 1808; vgl. Code civil v. 1804 liv. III tit. 3 c. 6, wo unter den Beweismitteln der G. A. fehlt, hiezu Dalwigk, Hdb. d. franz. C. Pr. 1809 §. 58 gegen Gönner, Hdb. d. gem. Proz. 1804, II. S. 314.

des lieux“), und in Part. I liv. II tit. XIII art. 295 suiv., im Verfahren vor den unteren Collegialgerichten, („Des Descentes sur les lieux“), war der G. A. auch ex officio in jedem Prozessstadium hinsichtlich des zur Besichtigung unterstellten Streitgegenstandes zulässig, wobei der französische Rechtsgrundsatz der Souveränität der Gerichte bei der Beweiswürdigung der G. A. E. entsprechend zur Geltung kam.

Die z. Z. im ganzen Königreiche Bayern geltende Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 29. April 1869 hat betreffs des G. A. in den Artikeln 396—398 (s. A. 309 ff. des Entwurfes zu dieser Pr. O. aus d. J. 1861) den Anforderungen der Doktrin wie der Praxis vollkommen Rechnung getragen.

Um nicht zu wiederholen, so werden hier nur die von dem Bisherigen abweichenden Punkte der neuen Pr. O. hervorgehoben.

Der G. A., ein Beweismittel (Pr. O. A. 325) wie richterlicher Informationsbehelf kann in jeder Prozesslage (auch zum ewigen Gedächtnisse, Pr. O. A. 347 ff.), auf Parteiantrag wie ex officio, in Verbindung mit dem Sachverständigenbeweise, sogar unmittelbar ohne vorausgehendes Beweisurtheil unter einstweiliger Unterbrechung der betreffenden Gerichtsverhandlung eingenommen werden, sobald die Parteien bzw. deren Vertreter hiezu ihre Einwilligung gegeben haben; unter letzterer Voraussetzung kann auch von der Aufnahme eines Augenscheinsprotokolls in obigem Falle Umgang genommen werden und genügt die diessbezügliche Constatirung in den Entscheidungsgründen des betreffenden Urtheiles.^{1) 2)}

Die Frage: „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.“ dürfte unter Berücksichtigung der freien richterlichen Beweiswürdigung nach französischem Vorbilde (Pr. O. A. 345), der erst durch die Realproduktion ein-

¹⁾ Barth, Commentar z. neuen C. Pr. O. f. d. K. B. 1870 B. II S. 274 u. ff.; Schmitt, der b. C. Pr. nach d. C. Pr. O. v. 29. IV. 1869, I §. 204, II S. 136 ff.; Wernz, Commentar z. Pr. O. I. S. 396 ff.

²⁾ S. auch A. D. Hdlgb. Art. 37. —

tretenden Gemeinsamkeit der Beweismittel (Pr. O. A. 337) und der per analogiam hier anzuziehenden Grundsätze über die Urkundeneditionspflicht¹⁾ (Pr. O. A. 386 ff.; — für den Prozess sind die betr. Bestimmungen der b. G. O. C. XI §. 6 aufgehoben¹⁾; —), für die bayer. Pr. O. v. 1869 sich dahin beantworten lassen, dass diese Verbindlichkeit, abgesehen von der immer zulässigen Besichtigung des durch die Parteien dem Gerichte unterbreiteten Streitobjektes, von einer bestehenden civilrechtlichen Exhibitionspflicht, bezw. von der durch Realproduktion bewirkten Gemeinschaftlichkeit des G. A. abhängig ist.^{2) 3)}

Oesterreich's Allgemeine Gerichtsordnung v. 1. Mai 1781⁴⁾ lässt den G. A. ex officio in jedem Prozessabschnitte zu und stellt denselben in C. XVII §. 187 systematisch mit dem Sachverständigenbeweise zusammen; daselbst §. 202 äussert sich dieselbe also:

„Kein G. A. soll ohne gegründeter Ursache vorgenommen, im Falle der Vornehmung aber hiezu jedes-

¹⁾ Barth, II S. 265, Demelius a. a. O.; s. §. 11 dahier. —

²⁾ Vgl. bayer. Pr. O. Art. 457 Z. 1 u. 4, A. 460 Abs. 2, Barth, II S. 358 Abs. II; bezüglich des Verhältnisses des G. A. zur sog. Gewissensvertretung, welche zwar nicht formell, aber materiell aus der Natur der Sache im bayer. Prozesse zugestanden wird, ist zu konstatiren, dass der G. A. auch hier im Wege der Gewissensvertretung gebraucht werden könne, bzw. dem Haupteide vorgehe, wenn durch ihn die Beweissätze sofort liquid gemacht werden können; vgl. Bolgiano im Archiv f. civil. Pr. B. 57 S. 135 ff. u. dessen Gesammelte Abhandlungen a. a. O. —

³⁾ Ueber die bayer. Doktrin u. Praxis z. Z. der Geltung der G. O. s. Ztschr. f. Gesetzgeb. u. R. Pfl. Bd. VI S. 363 ff.; in dieser gediegenen Arbeit wird u. A. der G. A. bezeichnet als: „kurzes, neutrales Probemittel“, das jeder Zeit ex officio frei von der Beweisfrist benützt werden könne.

⁴⁾ Kees, Commentar z. Allg. Oesterr. G. O., Wien, 1789; neuestens (im Februar 1876) ist den österr. cisleithan. Gesetzgeb.-Faktoren der Entwurf einer neuen C. Pr. O. vorgelegt worden. —

„mal zwei Kunstverständige zugezogen und hiebei nach „obiger Vorschrift vorgegangen werden.“ —

Preussens ältere diessrheinische Provinzen besitzen z. Z. noch die Allgemeine Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793¹⁾ (in den linksrheinischen Gebietstheilen gilt französisches Recht), welche Th. I Tit. 10 Abschn. 6 §. 380 ff. (§. 396), dann I Tit. 42 §. 14 (I. Tit. 13 §. 22) über den G. A. dahin Normen erlässt, dass dieser zur Vervollständigung des von den Parteien vorgelegten Materiales, theils zur Besichtigung des in die Augen fallenden Streitgegenstandes nach richterlichem Ermessen (in Verbindung mit dem Sachverständigenbeweis) unter Adcitation der Parteien, mit und ohne deren Gegenwart eingenommen, bzw. dessen Resultate protokolliert werden sollen.

Die Prozessgesetzgebungen der übrigen deutschen Staaten älteren Datums (z. B. der sächsischen Länder aus dem 17., 18. und Anfange des 19. Jahrhunderts) und neueren Datums (z. B. von Hannover 1850, Baden 1864, Württemberg 1868) schliessen sich mehr oder minder den vorgenannten an²⁾.

¹⁾ Merkel, Commentar zur allg. (preuss.) Ger.-Depos.- u. Hyp.-Ordnung, Breslau, 1793; s. auch die d. G. O. modifizirenden Novellen v. 1833 u. 1846, dann d. preuss. Entw. v. 1864, Berlin (Decker), II B. 1. Tit. 7. Abschn. §. 499, u. Motive S. 113 ff.; s. Begründung d. E. einer C. Pr. O. f. d. d. R. v. 1874 l. c. u. a. a. O. —

²⁾ S. Pr. O. v. Hannover v. 8. XI. 1850, (Stade, 1860, Verlag: Steudel) Th. II Tit. 1. Abschn. 2 Z. IV §. 281; v. Baden v. 18. III. 1864 (amtl. Ausgabe Karlsruhe bei Müller 1864) Tit. XXIII §. 505 ff.; f. Württemberg v. 3. IV. 1868 (Rgbl. f. d. K. W. Nr. ¹⁶/₁₈₆₈) Tit. XXIV Art. 458 ff. (bes. A. 205, 463); vgl. ferner über die in den einzelnen deutschen Staaten geltenden Bestimmungen über die Exhibitionspflicht: Gimmerthal im Arch. f. civil. Pr. Bd. 54 l. c.; — s. auch Mittermaier über die neueren Erscheinungen der Prozessgesetzgebungen und der einschlägigen Literatur im Archiv f. civil. Praxis, z. B. Bd. V über d. Pr. O. f. Bremen v. 1820 (Augenschein: Abschn. IV Tit. VIII §§. 259, 270) S. 265, Bd. VI über d. Pr. O. v. Nassau v. 23. IV. 1822, (III §§. 65, 66,)

Aus diesen Beispielen dürfte die Stellung der neueren Partikulargesetzgebungen zu dem G. A. überhaupt ersichtlich sein. Auf Grundlage der öfters hier schon genannten gemeinrechtlichen Prozessgrundsätze hat der G. A. als Parteibeweis- wie richterliches Informationsmittel, häufig mit dem Sachverständigenbeweise verbunden, eine Einschränkung auf die Beweisfrist nicht erfahren; wohl aber bildete die civilrechtliche Exhibitionspflicht den Massstab für die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.

Dass die Vorzüge des G. A. auch in Ansehung seiner Beweiskraft vollkommen gewürdigt wurden, bedarf keiner weiteren Erwähnung.

von Genf v. 29. IX. 1818, S. 20, 41 u. s. w. — s. Begründung d. E. einer C. Pr. O. f. d. d. R. v. 1874 a. a. O. —

II. Dogmatische Darstellung.

§. 10. 1) Begriff, Gegenstand und rechtliche Natur.

A. Begriff.

Bei dem Versuche einer Definition des G. A.¹⁾ wird hier von dessen Doppelnatur als Beweismittel und richterlicher Informationsbehelf ausgegangen.

a) Unter dem G. A. als Beweismittel versteht man im Civilprozesse:

Die von dem Gerichte in seiner amtlichen Eigenschaft gemachte unmittelbare, eigene Sinneswahrnehmung über jene verkörperten Thatsachen des Rechtsstreites (Mobilien und Immobilien), welche ihm die Parteien zur Beweisführung unterbreitet haben²⁾.

Der G. A. ist also eine von einem (Collegial- oder Einzel-) Gerichte als Behörde, nicht von den einzelnen Gerichtspersonen ausseramtlich gemachte Sinneswahrnehmung und zwar eine unmittelbare, eigene, womit der Sachverständigenbeweis und in gewisser Beziehung die Urkundeneinsicht ausscheidet³⁾; andererseits fallen alle mit den fünf

¹⁾ Die schon bei dem rechtsgeschichtl. Versuche erwähnten verschiedenen Benennungen des G. A. sind u. A.: *inspectio ocularis*, *aspectus*, (*αὐτοψία*) *evidentia facti*, leibliche Beweisung *visites des lieux*, *descentes sur les lieux*.

²⁾ S. d. allegirten Lehrbücher d. C. Pr. Rechtes; v. Holtzendorff, R. Lexikon s. v. „Augenschein“ B. I S. 127; Puchta, Ztschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. III S. 31 ff.

³⁾ S. Einleitung; über das Verhältniss d. G. A. z. Sachverst. Bew. s. Mittermaier im Archiv f. civil. Prax. B. II S. 119 ff., z. Urkundeneinsicht, s. Wach l. c. —

äusseren menschlichen Sinnen gemachten Wahrnehmungen hieher, wenn auch der Gesichtssinn hier vorzugsweise in Anspruch genommen wird.

Der G. A. ist jene Sinneswahrnehmung, welche über die von den Parteien zur Beweisführung dem Gerichte unterbreiteten und unter denselben streitigen verkörperten Thatsachen des Rechtsstreites gemacht wird, d. h. der G. A. als Beweismittel ist immer ein Parteibeweismittel; ein G. A. ex officio erscheint stets als richterlicher Informationsbehelf¹⁾.

Daraus folgt weiter, dass der G. A. eine Sinneswahrnehmung über die der richterlichen Würdigung unterstellten verkörperten Thatsachen ist, dass sohin ein richterliches Zwangsrecht auf Gestattung der Einsichtnahme hier nicht zugelassen wird¹⁾.

Endlich erheischt die Sinneswahrnehmung selbst sinnlich greifbare Körper (Mobilien oder Immobilien) als A.-Objekt.

b) Unter dem G. A. als richterlicher Informationsbehelf versteht man die von dem Gerichte als solchem über den Streitgegenstand behufs eigener Aufklärung und Verdeutlichung des Beweisergebnisses von Amtswegen gemachte unmittelbare, eigene Sinneswahrnehmung.

Das unterscheidende Merkmal des Inform. A. von dem Beweis-A. liegt also einerseits in der Officialthätigkeit des Gerichts im Gegensatze zu dem Parteiantrag, und andererseits in dem Endzwecke einer Aufklärung unbestrittener Thatsachen, des dunklen „status causae et controversiae“ (Sachverhalts) im Gegensatze zu der Beweisführung über bestrittene Thatsachen durch die Parteien selbst²⁾.

B. Gegenstand.

a) Der G. A. als Beweismittel umfasst sonach nach der oben versuchten begrifflichen Abgrenzung die richterliche Besichtigung von streitigen Gegenständen (Mobilien oder Immobilien); denn nur was streitig ist, muss bewiesen wer-

¹⁾ S. hier „C. Rechtl. Natur“ u. §. 11.

²⁾ Ueber d. G. A. als Beweisgrund s. hier §. 12. —

den, kann also Gegenstand eines Beweismittels überhaupt sein; in dieser Eigenschaft umfasst aber auch der G. A. nur Dasjenige, was die Parteien mit ihrem Wissen und Willen der richterlichen Cognition unterbreitet haben; ein diessbezüglicher richterlicher Zwang gegen die Parteien würde die Verhandlungsmaxime, wie die Gleichstellung der Parteien verletzen.

Nicht alle streitigen Gegenstände gehören hieher; so scheiden die Urkunden aus, soweit deren Inhalt den Beweis erbringen soll. In diesem Falle ist die Besichtigung der Urkunde nur Mittel zum Zwecke; durch den Augenschein wird hier der Gebrauch eines anderen Beweismittels, d. i. des Urkundenbeweises ermöglicht. Wenn hingegen die äussere Beschaffenheit der Urkunde, z. B. Aechtheit der Unterschrift des Ausstellers derselben, Fälschungen u. dgl. durch den G. A. constatirt werden soll, dann handelt es sich nicht mehr um den eigentlichen Urkundenbeweis, sondern die Besichtigung bildet das Beweismittel selbst und die Urkunde das Augenscheinsobjekt.

Die Urkundeneinsicht kann sohin bald in den Urkunden-, bald in den Augenscheinsbeweis fallen, je nachdem der rechtliche Inhalt der Beurkundung oder die äussere Erscheinung derselben das Beweisthema bildet¹⁾.

Es kann ferner nur Dasjenige Gegenstand des G. A. werden, was der Richter mit seinen eigenen Sinnen unmittelbar wahrnehmen kann; werden zur erfolgreichen Beaugenscheinigung technische Kenntnisse verlangt, welche nur Sachverständigen zugemuthet werden können, so tritt der Augenschein durch Sachverständige ein und diese übermitteln dann ihre gemachten Wahrnehmungen und Schlussfolgerungen hieraus dem Richter. Eine blos die eigene unmittelbare Besichtigung des Richters unterstützende Gehülffenthätigkeit der Sachverständigen entkleidet diesen Augenschein nicht seines Charakters als eines Gerichtlichen.

Selbstverständlich ist, dass der G. A. nur noch gegenwärtig fortdauernde Thatsachen umfasst, wenn er auch auf

¹⁾ S. Renaud in d. Ztschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 18 S. 348 ff.

künstlichem Wege durch Schlussfolgerungen aus dem Gegenwärtigen auf Vergangenes (*facta praeterita*) angewandt werden kann.¹⁾

b) Der G. A. als richterlicher Informationsbehelf umfasst die noch einer Aufklärung bedürftigen, unbestrittenen, von den Parteien zugestandenen Thatsachen. Die Verwirklichung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung führt im gegebenen Falle zu dieser Officialthätigkeit.

Die bei dem Beweis-A. in Ansehung der streitigen Thatsachen gezogenen Grenzen sind auch hier analog für die unbestrittenen massgebend. Das Verhandlungsprinzip ist auch hier als die Schranke zu bezeichnen, welche der Richter *ex officio* nicht überschreiten darf.

C. Rechtliche Natur.

Der G. A. ist entweder Beweis- oder Informations-A.

a) Was den ersteren anlangt, so wird von einigen Rechtslehrern seine Eigenschaft als Beweismittel geläugnet; sie verstehen nämlich unter „Beweisen“ ausschliesslich eine Thätigkeit der Parteien, nennen alles Dasjenige, was der Richter unmittelbar mit seinen eigenen Sinnen wahrnehmen kann, „eines Beweises nicht bedürftig“ (so besonders Wetzell) und zählen folglich den G. A. nicht unter die Beweismittel.²⁾

Ist aber diese Definition von „Beweis“ richtig, ist sie natürlich? — Sicher nicht. Das Criterium des Beweises ist nicht darin zu suchen, wie der Richter sich die nöthige Ueberzeugung betreffs des Rechtsstreites zu verschaffen sucht, sondern wer dieselbe veranlasst. Sind es die Parteien, welche den Richter bezüglich der bestrittenen Thatsachen zu überzeugen suchen und sohin den A. beantragen, dem Richter die Streitsache mit dem Antrage vorlegen,

¹⁾ Vgl. Bayer, C. Pr. §. 819; Renaud, C. Pr. §. 109 Note 14.

²⁾ S. Gönner, Hdb. II Abh. 32 §. 20 u. Abh. 35, Martin, Hdb. d. C. Pr. 7. Aufl. §. 205, Wetzell, System, §. 20 Note 25 ff., §. 21 Note 1) §. 44; hierüber bes. die zutreffenden Erörterungen bei Stenglein l. c.

durch selbsteigene unmittelbare Besichtigung diesen Beweisgrund zu erheben, dann ist es wohl für den Begriff „Beweis“ ohne Belang, ob dem Richter nur durch die Thätigkeit der Parteien oder seiner eigenen Person der Beweis erbracht wird.

Zu welchen Schlüssen kommt nun aber Wetzell mit seiner obenberegten Ansicht? Er nennt das zu Beaugenscheinigende geradezu „notorisch!“ Sind denn die durch G. A. zu ermittelnden Thatsachen weniger streitig? Und wenn sie notorisch sind, warum dann noch ein G. A.? Gerade, weil Das, was in Augenschein genommen werden soll, erst bewiesen werden muss, wird Seitens der Parteien die G. A. E. als Beweismittel beantragt. Sohin ist die von Wetzell versuchte Begriffsbestimmung des Beweises abzuweisen.

Dagegen möchte ich für den Begriff des Beweises daran festhalten, dass, wenn auch der Richter eine selbsteigene Thätigkeit, wie bei der G. A. E. vornehmen kann, er doch immerhin durch die Parteien zu dieser Thätigkeit veranlasst werden muss, so dass der Informations-A. nicht unter die Beweismittel gezählt werden darf.

Daher ist der G. A. als Beweismittel immer ein Parteibeweismittel, (da ja nach der hier vertretenen Anschauung Beweismittel und Parteibeweismittel als identische Begriffe zusammenfallen.¹⁾)

Man hat ferner die Beweismittel in eigentliche und uneigentliche eingetheilt und den G. A. zu den letzteren gerechnet.²⁾

Abgesehen davon, dass in eine streng juristische Terminologie das Wort „uneigentlich“ kaum passen dürfte, ist Dem entgegenzuhalten, dass, wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich, hier der I. A. überhaupt nicht zu den Beweis-

¹⁾ S. Endemann, C. Pr. u. Bew. I. I. c., Bayer, S. 760, Puchta, Ztschr. f. C. u. Proz. I. c.; Protokolle d. Hannov. C. Pr. O. Commiss. Bd. VII. I. c.; Weiske, R. Lexikon, Leipz. 1839 ff. (Jordan) s. v. „Beweis“; v. Holtzendorff, R. Lex. s. v. „Beweis“ B. I S. 215 u. Encycl. d. R. W. Th. I S. 604. —

²⁾ S. Endemann, I. c. Puchta, I. c.; die Unterscheidung der Be-

mitteln gezählt wird, der Beweis-A. aber die Eigenschaft eines eigentlichen Beweismittels ohne Zweifel besitzt.

Dass der G. A. ein direktes Beweismittel ist, wird bei dessen Unmittelbarkeit Niemand in Abrede stellen wollen.

Ob der G. A. ein schleuniges Beweismittel ist, darf als *quaestio facti* bezeichnet werden; im konkreten Falle, wenn das Augenscheinsobjekt noch nicht dem Richter vorliegt, sohin etwa erst im Zwischenverfahren über eine bestrittene diessbezügliche Exhibitionspflicht entschieden werden soll, fehlt dem G. A. sicher diese Eigenschaft.¹⁾ — Aus allem Diesem dürfte aber die Beweismittelnatur des G. A. für den Fall konstatirt sein, in welchem der Richter auf Antrag der beweisführenden Partei thätig wird, wobei die Erhebung des Beweisgrundes unmittelbar durch den Richter selbst für den Begriff „Beweismittel“ in keiner Weise abschwächend wirkt.²⁾

b) Der Inform.-A. bezweckt, dunkle, unklare Punkte des Rechtsstreites, welche unter den Parteien nicht streitig sind, aufzuhellen; biei kann der Richter sich diese Information von Amtswegen verschaffen, oder es können die Parteien darauf antragen, ohne dass hiedurch der Inform.-A.

weismittel in eigentliche und uneigentliche fällt als gegenstandslos hinweg, wenn man erwägt, dass jedes Beweismittel zu einem Beweisgrunde führt, aber nicht umgekehrt jeder Beweisgrund durch ein Beweismittel gewonnen wird. So sind das gerichtliche Geständniss, die Rechtsvermuthungen, die Notorietät sicher Beweisgründe für den urtheilenden Richter, aber kraft des Gesetzes, nicht vermöge der formellen Beweisführung der Parteien durch Beweismittel. Von einem (uneigentlichen?) Beweismittel zur Hebung dieser Beweisgründe kann beim Mangel zu beweisender streitiger Thatsachen nicht gesprochen werden. —

¹⁾ Vgl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig, 1859, S. 318.

²⁾ S. Bayer, C. Pr. S. 760, v. Holtzendorff l. c., Weiske, l. c.; Renaud, C. Pr. §. 109; vgl. bay. Pr. O. v. 29. IV. 1869 Art 325, Barth, C. Pr. II S. 175; nach Obigem kann Endemann's (C. Pr. S. 699) Bezeichnung f. d. G. A. „Beweissurrogat“ nicht zugestimmt werden.

Beweismittel wird. Der J. A. würde zu einem Beweis-A. nur dann, wenn die Parteien streitige Punkte hereinziehen würden, was in der Praxis allerdings öfters eintreten wird. In Sachen, welche nicht der richterlichen Würdigung unterstellt sind, ist der J. A. unzulässig.

Diese Officialthätigkeit des Richters kann nie eine Beweisführung enthalten; dieselbe müsste zu Gunsten einer Partei geschehen, und damit unter Negirung des Verhandlungsprinzipes und des Grundsatzes der Gleichheit der Parteien.

Der Inform.-A. an und für sich steht mit der Verhandlungsmaxime nicht im Widerspruch. Bei einer freien richterlichen Beweiswürdigung unter Berücksichtigung des materiellen Rechtes ist derselbe zur vollständigen Würdigung der gegebenen thatsächlichen Verhältnisse in concreto vielleicht unentbehrlich. Der J. A. ist eine Folge der Prozessleitungsbefugniss des Richters und findet in dem richterlichen Fragerecht seine Analogie.¹⁾

§. 11. 2) Voraussetzungen.

A. Die Voraussetzungen des Beweis-A. sind theils formeller, theils materieller Art.

a) In formeller Beziehung ist Voraussetzung des G. A. überhaupt ein diessbezüglicher Parteiantrag bei dem zuständigen Gerichte nach Vorschrift der einschlägigen Prozessgesetze. Derselbe ist an eine Beweisfrist gebunden, soweit das einschlägige positive Gesetz überhaupt eine solche kennt. Dies gilt besonders nach gemeinem Rechte²⁾; es

¹⁾ S. Note 2 d. S. 59 dahier; v. Holtzendorff, R. Lex. s. v. „Prozessleitung“ II S. 377; Heffter, System §. 262 Note 18, 20; Renaud, C. Pr. §. 149 Note 4; u. bes. auch Stenglein a. a. O. — Vgl. A. D. H. G. B. A. 37 und Commentar hiezu v. Anschütz u. Frh. v. Völderndorff in Dollmann's Gesetzgeb. f. d. K. B. Th. I. B. VI Abth. I S. 282 Note 15, 16. —

²⁾ S. bes. Stenglein in dem citirten Aufsätze: „Sind die Parteien

haben zwar einige Rechtslehrer das Gegentheil angenommen, allein, wie mir scheint, ohne innere Berechtigung. Es ist eben auch hier die Doppelnatur des G. A. als Beweis- und Informations-A. zu erwägen.

So richtig es für den J. A. ist, so falsch wäre es für den Beweis-A., wenn man ihn nicht, wie die übrigen Beweismittel an die rechtlich gesetzte Frist binden würde. In dieser Beziehung kann hier auf die eingehenden Erörterungen von Stenglein a. a. O. verwiesen werden.

Im neuen deutschen Civil-Prozess ist jedoch, wie wir oben (§. 8) gesehen haben, für den Beweis-A., wie für die Beweismittel überhaupt, die präkludirende Beweisfrist hinweggefallen.

Dass der G. A. in perpetuam rei memoriam auch vor dem Prozessbeginne und in Abwesenheit des Gegners der beantragenden Partei rechtsgiltig eingenommen werden könne, ist nicht zu bezweifeln, wenn man den Beweis-A. mit den übrigen Beweismitteln auf eine Stufe stellt.¹⁾ Dass res judicata den Beweis-A. ausschliesst, folgt aus der Natur der Sache; es müsste denn der Fall einer in integrum restitutio gegeben sein.

Anlangend die Frage nach der Gegenwart der Parteien, so ist hier die Gegenwart des Produzenten selbstverständlich nöthig, nicht aber in der Regel diejenige des Produkten, es müsste denn thatsächlich erst durch die Vorlage des A.-Objectes durch den hiezu verpflichteten Probaten die G. A. E. ermöglicht werden, immer die arctatorische und peremptorische Ladung der Parteien vorausgesetzt. Es könnte nun hiebei die Frage aufgeworfen werden, ob nicht trotz des Ausbleibens des Probaten, bei Anwesenheit des Probaten eine G. A. E., wenn sie überhaupt möglich ist, stattfinden, bezw. das A.-Object durch den Probaten dem Richter näher bezeichnet werden könnte. Mit Recht wurde bereits von der Hannover. C. Pr.

mit dem Antrage auf Augenschein an die peremptorische Beweisantrittsfrist gebunden?“ S. Bayer, C. Pr. S. 819, 929.

¹⁾ S. Wetzell, System §. 44, Bayer, C. Pr. S. 786, dagegen: Langenbeck, d. Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, Leipz. 1861 S. 915.

O. Commission diese Frage verneint¹⁾; ein derartiges Zugeständniss würde den Grundsatz der Gleichheit der Parteien verletzen, da ja auch von einer Gemeinsamkeit des Augenscheines als Beweismittel Mangels einer Realproduktion desselben noch nicht gesprochen werden kann.

Die Ungehorsamsfolgen sind für den ausbleibenden Probanden der Ausschluss mit diesem Beweismittel, für den ausbleibenden Probanden der Ausschluss mit seinen etwaigen Einreden gegen dieses Beweismittel, und im Falle der Exhibitionspflicht die Annahme einer gelungenen Beweisführung Seitens des Probanden. Bleiben beide Theile aus, dann gilt der A. E. Termin als circumduzirt.²⁾

b) Von materiellen Voraussetzungen kann hier nur in dem Sinne gesprochen werden, dass die thatsächlichen Voraussetzungen der Möglichkeit der G. A. E. überhaupt hierunter verstanden werden.

Wenn das bewegliche A. Objekt bereits dem Richter im Laufe des Prozesses vorgelegt bzw. die Lokalität seiner Besichtigung unterstellt wurde, dann ist die thatsächliche Möglichkeit der G. A. E. gegeben. Hat nun bereits die eine Partei sich in Ansehung dieses Objektes des G. A. als Beweismittel bedient, dann ist damit (mit dieser Realproduktion) für die Gegenpartei eine Gemeinsamkeit dieses Beweismittels eingetreten und muss der erste Produzent nach dem Grundsatz: „Quod produco, non reprobō“ sich den Gegenbeweis hiemit durch den Produkten gefallen lassen³⁾. Und es gilt diese Gemeinsamkeit des G. A. nicht bloß für den direkten, sondern auch für den indirekten Gegenbeweis

¹⁾ S. Protokolle d. Hannov. Commiss. Bd. VII. S. 2109 ff.; im Exhibitionsfalle ist diese Frage überhaupt nur möglich, wenn vom Probanden exhibirt wird. — Renaud in d. Ztschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 17 A. F. S. 35 ff. —

²⁾ S. Bolgiano im Archiv f. civil. Pr. Bd. 56 S. 121; ebenda über den Kostenpunkt im Ungehorsamsfalle; Bayer, C. Pr. S. 516. —

³⁾ S. Bolgiano, Ges. Abhandl. Nr. 11; v. Holtzendorff R. Lex. I S. 665, Bayer, C. Pr. S. 933; — vgl. bay. Pr. O. v. 1869 A. 337, 386 ff.; Entw. einer C. Pr. O. f. d. d. R. v. 1874. §. 375.

(Einredebeweis), da ja das A.-Objekt, wie die Urkunden, „seinen Beweisgrund in sich trägt“ ¹⁾).

Anders aber gestaltet es sich, wenn die zu besichtigende Sache dem Richter noch nicht unterstellt ist. Hier greift besonders die Frage „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.“ Platz.

Der im Besitze des A. Objektes (mag dieses hier der Streitgegenstand selbst oder eine andere Sache sein) befindliche Probat, bzw. ein ausserhalb des Rechtsstreites stehender Dritter, ist zur Exhibition desselben, abgesehen von der obenbemerkten Gemeinsamkeit der Beweismittel, nur civilrechtlich verpflichtet; prozessrechtlicher Zwang gegen den Probaten (von dem Dritten hier gar nicht zu reden), hiesse denselben zwingen, dem Probaten die Beweismittel zu verschaffen, — was sicher nicht im Einklange mit der Gleichheit der Parteien steht. (Dies für das Verhältniss von Partei zu Partei.) Dass bei dem G. A. als Beweismittel noch weniger von einem richterlichen Zwangsrecht gesprochen werden darf, versteht sich von selbst.

Die Eigenschaft der zu beaugenscheinigenden Sache ist hier ohne Belang; ob Streitsache oder nicht, die civilrechtliche Verbindlichkeit, bzw. die Gemeinsamkeit des Beweismittels ist allein entscheidend.²⁾

B. a) Für den Inform. A. ist in formeller Beziehung vor allem als Voraussetzung anzuführen, dass die Parteien unmittelbar das zu Beaugenscheinigende der richterlichen Cognition unterbreiten.

An eine Beweisfrist ist dieser G. A. nicht gebunden, da man es hier nicht mit einem Beweismittel, sondern mit einer der freien Beweiswürdigung entsprechenden Officialthätigkeit zu thun hat. Diese zeitliche, bis zum Endurtheile währende Unbeschränktheit des J. A. folgt mit Nothwendigkeit aus den massgebenden Prozessgrundsätzen. Erkennt man dem Richter wie das Recht, so die Pflicht zu, frei nach

¹⁾ Anderer Meinung: Bolgiano, l. c. bes. Note 7; s. darüber Kritik in v. Pözl's krit. V.-J.-Schr. Bd. XI.

²⁾ Demelius, l. c. Bayer, S. 819, 955, Archiv f. civil. Prax. Bd. 54 l. c., Wach, l. c. —

eigener innerer Ueberzeugung die Beweisführung der Parteien zu würdigen, dann kann er um so weniger an einen bestimmten Zeitabschnitt gebunden werden.

Die Gegenwart der Parteien, welche hier nur *monitorisch* zu laden sind, ist nicht nothwendig, da von einer Beweisführung nicht die Rede ist, sondern von einer *Offizialthätigkeit* des Richters in dessen eigenem Interesse über bereits gegebene und vorliegende verkörperte Thatsachen des Rechtsstreites.

b) Die Frage nach der materiellen Voraussetzung des J. A. fällt mit jener „Ueber die Verbindlichkeit zur Gestattung der G. A. E.“ zusammen. Es fragt sich nemlich: Wann darf der Richter *ex officio* vorgehen und ist ihm hierbei ein Zwangsrecht gegen die Parteien oder Dritte in Ansehung des Streitgegenstandes oder einer anderen Sache zuzugestehen?

Die Beantwortung dieser Frage liegt schon im Vorhergehenden.

Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung verlangt eine möglichst unbeschränkte *Offizialthätigkeit* des Richters, die massgebende Verhandlungsmaxime übt dagegen einen einschränkenden Gegendruck.

Wie verhält sich nun der J. A. zu den bekannten drei Rechtssprüchen dieser Maxime?

Mit dem 1. Satze: „*Judex non procedat ex officio*“ will nicht jedes amtliche Eingreifen des Gerichtes in das Parteiverfahren, sondern nur das unaufgeforderte Vorgehen desselben ausgeschlossen werden in einem Punkte, der ihm durch die Parteien zur Würdigung noch nicht unterbreitet ist.

Soweit die Stoffvorlage Seitens der Parteien reicht, soweit muss dem Richter im eigenen Interesse der Parteien gestattet sein, nach allen Richtungen hin von sich aus dieselbe zu prüfen und sich zu veranschaulichen. Die Prozessleitungsbefugniss des Richters muss als der leitende Ausgangspunkt dieser *Offizialthätigkeit* angesehen werden.¹⁾

¹⁾ S. v. Holtzendorff, R. Lex. s. v. „Prozessleitung“ Bd. II S. 377: „*Judicem oportet cuncta rimari.*“

Die Analogie des richterlichen Fragerechtes gegenüber den Parteien zur sachlichen Aufklärung, dann der Zuziehung von Sachverständigen zum selben Zweck verwirklicht nur mit anderen Mitteln den dem J. A. zu Grunde liegenden Endzweck (s. z. B. bayer. Pr. O. v. 1869 Art. 154).

Der 2. Satz „*Judex ne eat ultra petita partium*“ lässt einen J. A. über Gegenstände nicht zu, welche die Streits-theile dem Richter nicht unterbreitet, bzw. auf welche sie in ihren Schriftsätzen nicht Bezug genommen haben; von einem richterlichen Zwangsrechte gegen die Parteien oder Dritte muss Umgang genommen werden; in diesem Falle ist es ohne Belang, ob das Streitobjekt oder eine andere Sache vorzulegen ist, da die Exhibitionspflicht nur zwischen den Parteien bzw. Dritten bestehen kann, nicht gegenüber dem Richter. Würde man dem Richter gestatten¹⁾; wenn der Streitgegenstand in der Verfügungsgewalt der Parteien sich befindet, ihm aber noch nicht unterstellt wurde, ex officio die Vorlage desselben zu verlangen, so würde man die Parteien in der freien Wahl ihrer Beweismittel beschränken. Es ist ja der Fall denkbar, dass die beweispflichtige Partei durch ein anderes Beweismittel, als den G. A., schneller und einfacher den Beweis erbringen kann, dass es derselben daran gelegen ist, den Streitgegenstand ihrem Gegner nicht sehen zu lassen, und Letzterer kein diesbezügliches Exhibitionsrecht hat. Könnte hier der Richter ex officio die Vorlage des Streitobjektes verlangen, so würde dadurch nur der Gegner der beweispflichtigen Partei gewinnen, diese aber sogar an einer erfolgreichen Beweisführung Einbusse erleiden; der Grundsatz der Gleichheit der Parteien wäre verletzt. Von diesem Standpunkte aus ist es gleichgiltig, ob es sich um den Streitgegenstand oder eine andere Sache handelt; weder in dem einen noch in dem anderen Falle ist der Richter eher zur Zwangsvorlage berechtigt.

In Ansehung des Verhältnisses des J. A. zu den *Petita Partium* ist daran festzuhalten, dass durch den J. A. der Richter nicht streitige Punkte eruiren will; denn hiedurch

¹⁾ S. „Begründung“ d. Entw. einer C. Pr. O. f. d. d. R. v. 1874

l. c.; s. hiezu Wach l. c.

v. Weveld, Lehre vom Augenschein.

würde er zur Partei werden und gegen die Grundprinzipien des Prozesses verstossen.

Nein, unstreitige, aber unklare Punkte der Schriftsätze bzw. Vorträge der Parteien sucht der Richter durch den J. A. klarzustellen, und dazu ist er nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Was die Parteien dem Richter unterbreitet haben, wollen sie nach allen Seiten hin gewürdigt wissen.

Wie es einerseits in dem Willen der Parteien liegen muss, den Beweis-A. zu gebrauchen, wann und wie es ihnen beliebt, ebenso muss nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung die Einnahme des J. A. dem freien Ermessen des Richters überlassen bleiben.

Mit dem 3. Satze endlich: „Quod non in actis, non est in mundo“ ist für den Richter bei der Würdigung der Resultate der G. A. E., wie des ganzen Beweisergebnisses überhaupt, eine allgemeine Rechtsregel statuirt, welche füglich in §. 12 dahier bei den Wirkungen der G. A. E. besprochen wird. —

Hieraus dürften die Grenzen des J. A. ersichtlich sein ¹⁾.

§. 12. 3) Verfahren und Wirkungen.

A. Verfahren.

Anknüpfend an das eben über die formellen Voraussetzungen des G. A. Gesagte kann hier das Termins-Verfahren bei dem Beweis- wie Inform.-A. kurz besprochen werden. ²⁾

¹⁾ Wie bereits oben §. 10. b) angedeutet, würde, wenn in concreto die von beiden Parteien produzierten Situationspläne von einander abweichen und ihre Richtigkeit von dem Kläger wie Beklagten angestritten werden würde, der Richter sich nicht von Amtswegen an Ort und Stelle über den dunklen „status causae et controversiae“ informiren können; er müsste auf Beweis erkennen; und der sodann auf Antrag der beweispflichtigen Partei eingenommene G. A. wäre ein Beweis-A.

²⁾ Bezüglich der Beweisantrittung durch A., des Dekretes hier-

a) Auf Parteiantrag wird der G. A. in dem festgesetzten Termine in Anwesenheit der Parteien durch das Gericht (Richter und Protokollführer) eingenommen; mit Einwilligung der Parteien kann, wenn möglich, ohne ein Beweisurtheil sogleich bei der Beweisantrittung selbst unter einstweiliger Unterbrechung der Verhandlung der G. A. an Ort und Stelle eingenommen werden; nöthigenfalls können Sachverständige zur Unterstützung des Richters beigezogen werden. Die Resultate desselben werden sodann in einem in der vorgeschriebenen Form abgefassten Protokolle aktenmässig gemacht; hier hat der das Protokoll diktirende Richter sich genau an die Regel: „quod non in actis, non est in mundo“ zu halten, welche im gegebenen Falle dahin zu verstehen ist, dass nur Dasjenige der Richter beaugenscheinigen, bzw. protokolliren lassen darf, was ihm die Parteien unmittelbar als Gegenstand der G. A. E. unterbreitet haben, bzw. was er in seiner amtlichen Eigenschaft im konkreten Falle wahrgenommen oder nicht gesehen hat. Hiebei ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Beweis- wie J. A. gerechtfertigt.

Soviel aus der rechtlichen Natur, den Voraussetzungen und dem Verfahren selbst ersichtlich, scheitert oft die G. A. E. an der thatsächlichen Unmöglichkeit derselben, an dem Mangel eines A.-Objectes, das noch jetzt fortdauernd die strittigen Thatsachen verkörpert zur Anschauung bringt.

Die Verwendbarkeit der möglichen G. A. E. im Verfahren ist aber eine vielseitige, zum Haupt- wie Gegenbeweise (zur Gewissensvertretung.¹⁾)

Dass auch eine Beweisantrittung mit dem G. A. stattfinden darf, folgt aus der Natur des Beweis-A.²⁾

auf, der A. E. des Gerichts an Ort und Stelle, des terminus circumductus und des Ungehorsames der Parteien, sowie bezüglich des weiteren Verfahrens im Termine darf wohl auf die §§. 8 u. 11 dahier verwiesen werden.

¹⁾ Natürlich fällt auch der Gegenbeweis durch den G. A. gegenüber von Beweisgründen weg, die einen solchen in der Regel nicht mehr zulassen, wie gerichtl. Geständniss, praesumptio juris et de jure u. s. w.; s. Note: 1, d. S. 69 dahier).

²⁾ Vgl. Planck, Bew. U. S. 359.

Nicht minder kann auf den G. A. vom Probanden verzichtet werden, wenn nicht bereits durch Realproduktion eine Gemeinsamkeit desselben eingetreten und der Probat auf dessen Einnahme besteht.

b) Für den Inform.-A. ist das Verfahren noch kürzer zu zeichnen. In dem festgesetzten Termine, zu welchem die Parteien in der Regel nur monitorisch geladen werden, wird sich der Richter über die unklaren Punkte des Rechtsstreites die zu einer erschöpfenden Würdigung der Sachlage nöthige Aufklärung zu verschaffen suchen, wobei ihn Sachverständige unterstützen können. Selbstverständlich kann der Richter, wenn möglich, in der Verhandlung selbst ohne Festsetzung eines besonderen Termines den J. A. einnehmen.¹⁾

B) Wirkungen.

a) Die Wirkung einer durch den G. A. gelungenen Beweisführung ist die eines vollständigen Beweises, eines Beweisgrundes, der allein objektive Wahrheit erzeugt.

Der G. A. als Beweisgrund ist sonach die durch den G. A. als Beweismittel gewonnene, die richterliche Ueberzeugung betreffs der bestrittenen Thatsachen bildende Erkenntnisquelle.

Bei der freien Würdigung dieser Erkenntnisquelle nach dem Grundsatz „Judici fit probatio“ wird der Richter das rite abgefasste Protokoll zu Rathe ziehen und ohne an formelle Beweisregeln gebunden zu sein, nach bestem Wissen und Gewissen den Beweis durch den G. A. als gelungen oder misslungen erachten.

¹⁾ In der Praxis wird oft der G. A. als Beweismittel u. Inform. Behelf zusammenfallen, z. B. Besichtigung der Grenzsteine, um sich die Richtung der Grenzlinie genauer vorstellen zu können, (Inf. A.) oder um deren Eigenschaft als solche durch äussere Merkmale festzustellen, (Bew. A.); s. d. Rechtsfälle in der Ztschr. f. Gesetzgebung u. R. Pfl. d. K. B. Bd. VI S. 373 ff. —

Ein Gegenbeweis ist in der Regel ausser durch das gerichtliche Geständniss gegen das Resultat des vollbeweisenden G. A. ausgeschlossen.

Gegen die formelle Einnahme des G. A., gegen das Beweismittel als solches ist ein Gegenbeweis dann zulässig, wenn Verletzungen von Prozessformalien bei der Art und Weise der Erhebung dieses Beweismittels behauptet würden, oder wenn dargethan werden könnte, dass bei der richterlichen A. E. selbst ein Irrthum oder ein Uebersehen stattgefunden habe.

Dieser Gegenbeweis kann durch eine wiederholte G. A. E. geführt werden, und zwar in der Inpugnationsschrift des Produkten oder auch erst in der 2. Instanz, nachdem der Produkt die zulässigen Rechtsmittel ergriffen hat.

Der Beweisgrund des G. A. kann, wie schon oben ausgeführt wurde, nicht nur direkt das Beweisthema erschöpfen, sondern auch indirekt zu Schlussfolgerungen über *facta praeterita* die nöthigen Prämissen liefern.^{1) 2)}

b) Eine gelungene richterliche Information durch A. wird zur Folge haben, dass nunmehr der Richter zu Gunsten oder Ungunsten der einen oder anderen Partei den „*status controversiae*“ bei dem Beweisinterlokute oder auch die Beweisresultate bei dem Endurtheile in Betracht ziehen wird.

¹⁾ S. Endemann, C. Pr. §. 185, vgl. Renaud in d. Ztschr. f. Civ. R. u. Pr. Bd. 18. N. F. S. 348 ff. — Von einer Collision des Beweis-A. mit anderen Beweismitteln kann nicht gesprochen werden, da gegen das Resultat der formellen Beweismittel des Haupteides und gerichtlichen Geständnisses, welche nur hier in Betracht kommen können, ein Gegenbeweis durch den G. A. nicht geführt werden kann, während diese das Resultat eines auch schon eingenommenen Beweis-A. entkräften können. S. Bayer, C. Pr. S. 990, 992, (779).

²⁾ Die Gemeinschaftlichkeit des Beweis-A. unter den Parteien kann man als Wirkung der begonnenen A. Einnahme (Realproduktion) bezeichnen. —

Im Allgemeinen lässt sich somit für den G. A. in seiner zweifachen Eigenschaft als Beweis- und Informations-Augenschein die Behauptung aufstellen, dass unter den materiellen Beweis-, sowie Hilfsmitteln der richterlichen Cognition nicht eines sich befindet, welches sicherer, unmittelbarer und erschöpfender dem Richter zur sachdienlichen Würdigung die verkörperten Thatsachen des Rechtsstreites unterbreitet.

Da nur der G. A. objektive Wahrheit schafft, kann wohl von demselben im Hinblick auf die materiellen Beweismittel gesagt werden:

„Inspectio ocularis est regina probationum.“

Inhaltsverzeichniss.

	Seite
Einleitung	1
I. Historische Darstellung.	
1. Römisches Recht.	
§. 1. A. Die Zeit der Legisactiones	3
§. 2. B. Die Zeit der Formulae	7
§. 3. C. Die Kaiserzeit der Cognitiones	11
§. 4. .2 Canonisches Recht.	13
3. Deutsches Recht.	
A. Gemeines Recht.	
§. 5. a. Die Leges Barbarorum	21
§. 6. b. Die sog. Rechtsbücher	24
§. 7. c. Die Kammergerichtsordnung v. 1555 und der Jüngste Reichsabschied v. 1654	32
§. 8. d. Gesetzgebung und Literatur der neueren Zeit	39
§. 9. B. Die Partikulargesetzgebungen.	48
II. Dogmatische Darstellung.	
§. 10. 1. Begriff, Gegenstand und rechtliche Natur	54
§. 11. 2. Voraussetzungen	60
§. 12. 3. Verfahren und Wirkungen	66

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

1890

Bei Theodor Ackermann in München sind ferner
erschienen:

- Amira, Dr. Karl von, *Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren*. Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung. 1874. Preis M. 7. 60 S
- — *Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung* nach den altniederdeutschen Rechten. 1874. Preis M. 4. 80 S
- Eberty, Dr. Gustav, *Ueber das Verhältniss des Staats zur Volkserziehung*. 1872. Preis 50 S
- — *Die Preussische Gefängnisgesetzgebung*. 1872. Preis 50 S
- Études diplomatiques sur la question d'Orient. Tome premier. 1873. Preis M. 4.
- Freund, Dr. Leonhard, *Titanen und Pygmäen*. Wanderungen auf wissenschaftlichen, politischen und socialen Gebieten. 1871. Preis M. 4. 80 S
- — *Thaten und Namen*. Forschungen über Staat und Gesellschaft, mit besonderer Rücksicht auf Lorenz Stein und Rudolf Gneist. 1871. Preis 80 S
- Gotthelf, J., *Schwurgerichte und Schöffengerichte*. Zwei Vorträge gehalten am 19. und 21. März 1873 im Liebig'schen Hörsaal. Zum Besten des Volksbildungsvereins veröffentlicht. 1873. Preis 50 S
- Grueber, Dr. Erwin, *Versuch einer Erklärung der L. 9. §. 1. D. de jure dotium*. 1874. Preis M. 1. —.
- — *Ueber den Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersitzung nach römischem Rechte*. Eine historisch-dogmatische Abhandlung. 1875. Preis M. 1. 20 S
- Haiss, Wilhelm, *Traditio und Investitura*. Ein rechtsgeschichtlicher Versuch. 1876. Preis M. 2. —.
- Hellmann, Dr. Friedr., *Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung*. 1874. Preis M. 1. 60 S
- — *Das gemeine Erbrecht der Religiösen*. Ein historisch-dogmatischer Versuch. 1874. Preis M. 2. —.
- Holtzendorff, Dr. Franz, Professor der Rechte. *Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco* (früheren Fürstin Bauffremont). Ein Gutachten. 1876. Preis 75 S
- Krieg, G., *Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt*. eleg. geh. Preis M. 1. 20 S
- Lotmar, Ph., *Ueber Causa im römischen Recht*. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften. 1875. Preis M. 4. —.
- Wehner, Anton, *Die Gerichtsverfassung der Stadt München von der Entstehung bis zum Untergange der Rathsverfassung*. 1876. Preis M. 2. —.
- Widder, Anton, *Die Amortisations-Gesetzgebung im Königreich Bayern*. 1873. Preis M. 1. 50 S
- Zorn, Dr. Philipp, *Staat und Kirche in Norwegen bis zum Schlusse des 13. Jahrhunderts*. Eine Untersuchung zur Geschichte des canonischen Rechtes und der Kämpfe zwischen Staat und Kirche. 1875. Preis M. 5. —.

Weveld, Adalbert <<von>>,

Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Civilprozess

München 1877

J.pract. 323 t

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11373338-1